

**Der § 324 BGB  
bei Dauerschuldverhältnissen  
unter besonderer Berücksichtigung  
des Arbeitsvertrags**

von  
**Karl-Heinz Thume**  
aus  
Hamburg







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41546207\\_0023](https://archive.org/details/IA41546207_0023)

**Der § 324 BGB  
bei Dauerschuldverhältnissen  
unter besonderer Berücksichtigung  
des Arbeitsvertrags**

Inaugural-Dissertation  
der Juristischen Fakultät  
der Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

**Karl-Heinz Thume**

aus

**Hamburg**

Del 2 324 BGB  
bei Dauerarbeitsverhältnissen  
unter besonderer Berücksichtigung  
des Arbeitsvertrags

Inventar des  
des Deutschen  
des Reichs  
des Reichs



Referent: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 7. 1968

Karl-Heinz Thüne

Hamburg

|                                                                | Seite |
|----------------------------------------------------------------|-------|
| <u>Zweiter Teil:</u>                                           |       |
| Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen                     | 42    |
| I. Kapitel: Die Dauerschuldverhältnisse                        | 43    |
| I. Einführung                                                  | 43    |
| II. Einzelheiten                                               | 46    |
| 1. Abschnitt:                                                  |       |
| § 6 Begriff und Wesen der Dauerschuldverhältnisse              | 46    |
| 1. Das Schuldverhältnis als Ganzes                             | 46    |
| 2. Die Suche nach den Abgrenzungsmerkmalen                     | 47    |
| a) Stammrecht und Einzelanspruch                               | 48    |
| b) Zeitablauf und Erfüllung                                    | 49    |
| c) Nebenpflichten                                              | 49    |
| d) einmalige und wiederkehrende Leistungen                     | 51    |
| e) Treu und Glauben                                            | 51    |
| 3. Die Definition des Dauerschuldverhältnisses                 | 54    |
| Die Abgrenzung durch                                           |       |
| a) die Zeit und                                                | 54    |
| b) den Leistungserfolg                                         | 55    |
| 4. Die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses                 | 61    |
| 2. Abschnitt:                                                  |       |
| § 7 Einzelne Dauerschuldverhältnisse                           | 64    |
| a) Die auf fortwährendes Unterlassen gerichteten Arten         | 64    |
| b) Die auf fortwährendes sonstiges Verhalten gerichteten Arten | 65    |
| c) Die auf wiederkehrende Leistungen gerichteten Arten         | 67    |

|                                                                                  | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------|
| aa) vertragliche Mitwirkungspflichten                                            | 24    |
| bb) anderweitige Mitwirkungspflichten                                            | 24    |
| b) schuldhaftes direkte Herbeiführung der Unmöglichkeit                          | 25    |
| c) Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben                               | 26    |
| § 4 Unmöglichwerden während des Verzugs des Gläubigers                           | 28    |
| 1. Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs                                      | 28    |
| a) das Angebot der Leistung                                                      | 29    |
| b) die Möglichkeit der Leistungserbringung                                       | 29    |
| c) Nichtannahme und Unterlassung von Mitwirkungspflichten seitens des Gläubigers | 31    |
| 2. Der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit                                 | 32    |
| 3. Das Vertretenmüssen des Schuldners während des Gläubigerverzugs               | 34    |
| 2. Abschnitt:                                                                    |       |
| § 5 Die Rechtsfolgen                                                             | 35    |
| 1. Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung                             | 35    |
| 2. Die Anrechnung von Vorteilen                                                  | 37    |
| a) die Anrechnungsposten                                                         | 37    |
| b) der Anrechnungsmodus                                                          | 39    |
| 3. Weitere Rechtsfolgen                                                          | 40    |
| a) weitere Ansprüche des Schuldners                                              | 40    |
| b) weitere Ansprüche des Gläubigers                                              | 41    |

|                                                                     | Seite |
|---------------------------------------------------------------------|-------|
| <u>Zweiter Teil:</u>                                                |       |
| Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen                          | 42    |
| I. Kapitel: Die Dauerschuldverhältnisse                             | 43    |
| I. Einführung                                                       | 43    |
| II. Einzelheiten                                                    | 46    |
| 1. Abschnitt:                                                       |       |
| § 6 Begriff und Wesen der Dauerschuld-<br>verhältnisse              | 46    |
| 1. Das Schuldverhältnis als Ganzes                                  | 46    |
| 2. Die Suche nach den Abgrenzungsmerk-<br>malen                     | 47    |
| a) Stammrecht und Einzelanspruch                                    | 48    |
| b) Zeitablauf und Erfüllung                                         | 49    |
| c) Nebenpflichten                                                   | 49    |
| d) einmalige und wiederkehrende<br>Leistungen                       | 51    |
| e) Treu und Glauben                                                 | 51    |
| 3. Die Definition des Dauerschuldver-<br>hältnisses                 | 54    |
| Die Abgrenzung durch                                                |       |
| a) die Zeit und                                                     | 54    |
| b) den Leistungserfolg                                              | 55    |
| 4. Die Beendigung des Dauerschuldver-<br>hältnisses                 | 61    |
| 2. Abschnitt:                                                       |       |
| § 7 Einzelne Dauerschuldverhältnisse                                | 64    |
| a) Die auf fortwährendes Unterlassen<br>gerichteten Arten           | 64    |
| b) Die auf fortwährendes sonstiges Ver-<br>halten gerichteten Arten | 65    |
| c) Die auf wiederkehrende Leistungen<br>gerichteten Arten           | 67    |

|                                                                                                             | Seite |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II. Kapitel: Die Anwendbarkeit des § 324                                                                    | 69    |
| I. Grundsätzliches                                                                                          | 69    |
| II. Einzelheiten                                                                                            | 72    |
| 1. Abschnitt: Die Voraussetzungen                                                                           | 72    |
| § 8 Die gegenseitigen Dauerschuldverträge                                                                   | 72    |
| a) Die wichtigsten Arten                                                                                    | 72    |
| b) leges speciales                                                                                          | 73    |
| § 9 Das Unmöglichwerden von dauernden und wiederkehrenden Leistungen bei gegenseitigen Dauerschuldverträgen | 76    |
| 1. Die nachträgliche Unmöglichkeit der kontinuierlichen Leistungen                                          | 77    |
| a) dauernde Unterlassungen                                                                                  | 77    |
| aa) absolute Fixschulden                                                                                    | 78    |
| bb) keine absoluten Fixschulden                                                                             | 80    |
| b) dauernde Handlungen                                                                                      | 81    |
| aa) absolute Fixschulden                                                                                    | 81    |
| bb) keine absoluten Fixschulden                                                                             | 82    |
| c) Ergebnis und Kritik an der BGH-Rechtsprechung                                                            | 82    |
| aa) Ergebnis                                                                                                | 82    |
| bb) Auswirkungen der teilweisen Unmöglichkeit auf den Gesamtvertrag                                         | 84    |
| 2. Die nachträgliche Unmöglichkeit der wiederkehrenden Leistungen                                           | 86    |
| § 10 Vertretenmüssen des Gläubigers bei Dauerschuldverträgen                                                | 89    |
| a) bei schuldhafter Verletzung ausdrücklich bestimmter Mitwirkungspflichten                                 | 89    |
| b) bei schuldhafter direkter Leistungsverhinderung                                                          | 91    |
| c) bei Verletzung des § 242                                                                                 | 91    |
| d) bei einer Risikoübernahme                                                                                | 92    |

|                                                                                                     | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| § 11 Der Absatz 2 des § 324 BGB bei Dauerschuldverträgen                                            | 95    |
| 1. Der Gläubigerverzug                                                                              | 95    |
| a) Das Angebot                                                                                      | 95    |
| aa) bei wiederkehrenden Leistungen                                                                  | 95    |
| bb) bei kontinuierlichen Leistungen                                                                 | 96    |
| cc) Gläubigerverzug bei Unterlassungen                                                              | 97    |
| b) Die Leistungsmöglichkeit                                                                         | 98    |
| aa) Unmöglichkeitstheorie                                                                           | 99    |
| bb) Annahmeverzugslehre                                                                             | 99    |
| cc) Sphärentheorie                                                                                  | 101   |
| dd) Ergebnis                                                                                        | 103   |
| c) Nichtannahme und Unterlassen von Mitwirkungspflichten                                            | 104   |
| aa) Die Häufung der Annahmeverzugsaugenblicke                                                       | 104   |
| bb) Die verschiedenen Arten der Mitwirkungsobliegenheiten                                           | 105   |
| 2. Unmöglichwerden während des Gläubigerverzugs                                                     | 107   |
| a) der wiederkehrenden Leistungen                                                                   | 107   |
| b) der kontinuierlichen Leistungen                                                                  | 109   |
| aa) Die allgemeinen Schwierigkeiten bei Beginn des Gläubigerverzugs                                 | 109   |
| bb) Die "Verzahnung" von Gläubigerverzug und Unmöglichkeit bei den kontinuierlichen Fixschulden     | 109   |
| cc) Die Spezialnorm des § 552                                                                       | 113   |
| dd) Die "Beendigung" des Gläubigerverzugs durch Eintritt einer anderweitigen Leistungsunmöglichkeit | 118   |
| ee) Der § 324 Abs. 2 bei den nachholbaren kontinuierlichen Leistungen                               | 121   |
| ff) Zusammenfassung                                                                                 | 124   |

|                                                                                  | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 2. Abschnitt:                                                                    |       |
| § 12 Die Rechtsfolgen                                                            | 125   |
| 1. Die Rechtsfolgen des § 324                                                    | 125   |
| a) Der Anspruch auf die Gegenleistung                                            | 125   |
| b) Die Anrechnung von Vorteilen                                                  | 125   |
| aa) Besonderheiten beim Mietver-<br>trag                                         | 125   |
| bb) Besonderheiten bei den anderen<br>kontinuierlichen Dauerschuld-<br>verträgen | 127   |
| 2. Weitere Rechtsfolgen                                                          | 129   |
| a) Kündigung des Schuldners                                                      | 129   |
| b) Auswirkungen der Kündigung                                                    | 130   |
| c) Weitergehende Ansprüche des Schuld-<br>ners                                   | 130   |
| <u>Dritter Teil:</u>                                                             |       |
| Der § 324 BGB beim Arbeitsvertrag                                                | 132   |
| I. Kapitel:                                                                      |       |
| § 13 Der Arbeitsvertrag                                                          | 133   |
| 1. Allgemeines                                                                   | 133   |
| 2. Einzelheiten                                                                  | 133   |
| a) privatrechtlicher oder eigenständi-<br>ger                                    | 135   |
| b) zu den Dienstverhältnissen gehören-<br>der                                    | 138   |
| c) mit personenrechtlichen Elementen<br>angereicherter                           | 139   |
| d) schuldrechtlicher                                                             | 142   |
| e) gegenseitiger                                                                 | 144   |
| f) zu den Dauerschuldverhältnissen<br>gehörender Vertrag                         | 145   |
| II. Kapitel: Die Anwendbarkeit des § 324                                         | 147   |
| 1. Abschnitt: Grundsätzliches                                                    | 147   |

|                                                                                         | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| a) aus dem Gesichtspunkt des Zivilrechts                                                | 148   |
| b) bei Behandlung des Arbeitsrechts als eigenständiges Rechtsgebiet                     | 149   |
| c) Vorläufiges Ergebnis                                                                 | 151   |
| 2. Abschnitt: Einzelheiten                                                              | 152   |
| § 14 Die nachträgliche Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und ihre Folgen                | 152   |
| 1. bei Vertretenmüssen des Arbeitgebers (der § 324 Abs. 1)                              | 152   |
| a) Der Anspruch auf den Arbeitslohn                                                     | 152   |
| aa) Unmöglichkeit der Arbeitsleistung                                                   | 152   |
| bb) Vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände                                             | 154   |
| cc) Das Betriebsrisiko und § 324                                                        | 154   |
| b) Die Anrechnung der Ersparnisse und anderweitiger Verdienste                          | 157   |
| aa) Ersparnisse                                                                         | 158   |
| bb) Anderweitige Verdienste                                                             | 158   |
| cc) Böswilliger Nichterwerb                                                             | 158   |
| 2. bei Eintritt während des Gläubigerverzugs (die §§ 324 Abs. 2 und 615)                | 160   |
| a) Bisherige Auffassungen                                                               | 160   |
| aa) Der weitergehende Anspruch des § 615                                                | 161   |
| bb) Die Auffassung von Oertmann und Lotmar                                              | 161   |
| cc) Die Auffassung von Titze und Hueck                                                  | 162   |
| dd) Die Auffassung von Schnorr von Carolsfeld                                           | 163   |
| b) Ergebnis                                                                             | 163   |
| aa) Der Ausschluß des § 324 Abs. 2 durch § 615                                          | 164   |
| bb) Die Berücksichtigung der Ablehnung durch den Arbeitgeber im Rahmen des § 324 Abs. 1 | 169   |

|                                                                         | Seite   |
|-------------------------------------------------------------------------|---------|
| § 15 Die nachträgliche Unmöglichkeit der<br>Lohnzahlung und ihre Folgen | 171     |
| a) Das Ergebnis aus den §§ 275 und 324                                  | 172     |
| b) Die arbeitsrechtliche Lösung                                         | 173     |
| <br>Schlußbetrachtung                                                   | <br>176 |

Schrifttumsverzeichnis

- Be c k e r , Carl "Anrechnung des Ersparten,  
insbesondere bei Mehrheit  
der Leistungen"  
in JW 1912 S. 976 ff
- Be i t z k e "Nichtigkeit, Auflösung und  
Umgestaltung von Dauerrechts-  
verhältnissen"  
in Recht und Zeit Heft 9,  
S. 1 ff, Schloß Bleckede 1948
- Be i t z k e "Arbeitsrecht und Zivilrechts-  
dogmatik"  
in Jbl 1959 S. 153 ff
- Bl o m e y e r Allgemeines Schuldrecht  
3. Auflage, Berlin und  
Frankfurt 1964
- Bo b r o w s k i - Das Arbeitsrecht im Betrieb  
G a u l 5. Aufl., Heidelberg 1965
- B o e r "Leistungsunmöglichkeit und  
Annahmeverzug"  
in Gruchot 54 S. 493 ff
- D e r s c h "Entwicklungstendenzen im  
Arbeitsrecht unter Abweichung  
vom BGB"  
in RdA 58 S. 441 ff
- D i e d e r i c h s e n Anmerkung zum Urteil des BGH  
vom 16. 1. 63 in JZ 64 S. 24
- E b h a r d t Die Beendigung des Dauer-  
schuldverhältnisses  
Dissertation, Leipzig 1934
- E n n e c c e r u s - Recht der Schuldverhältnisse  
L e h m a n n 15. Aufl., Tübingen 1958
- Entwurf eines Bürgerlichen Gesetz-  
buches für das Deutsche Reich  
(Erste Lesung) Berlin 1888
- E r m a n Handkommentar zum Bürger-  
lichen Gesetzbuch, 1. Band,  
3. Aufl., Münster 1962  
und Nachtragsband hierzu 1964  
(§§ 275 - 327 bearbeitet von  
G r o e p p e r )
- E s s e r Schuldrecht, Allgemeiner und  
Besonderer Teil  
2. Aufl., Karlsruhe 1960

- F a r t h m a n n "Der 'personenrechtliche Charakter' des Arbeitsverhältnisses"  
in RdA 60 S. 5 ff
- F i k e n t s c h e r Das Schuldrecht  
Berlin 1965
- G a n s a u g e Das Dauerschuldverhältnis  
Dissertation, Leipzig 1928
- v o n G i e r k e , "Dauernde Schuldverhältnisse"  
Otto in Jh. Jahrb. 64 S. 355 ff
- G s c h n i t z e r "Die Kündigung nach deutschem  
und österreichischem Recht"  
in Jh. Jahrb. 76 S. 317 ff
- G u m p e r t "Schadensersatz wegen Arbeits-  
vertragsbruch des Arbeitneh-  
mers in der Rechtsprechung"  
in BB 63 S. 397 f
- H e c k Grundriß des Schuldrechts  
Tübingen 1929
- H e r h o l z "Das Schuldverhältnis als  
konstante Rahmenbeziehung"  
in AcP 130 S. 257 ff
- H e r s c h e l "Wiederkehrschuldverhältnis,  
Sukzessivlieferungsvertrag  
und Gemeinschaft"  
in JW 36 S. 633 ff
- H u e c k , Alfred Der Sukzessivlieferungsvertrag  
München, Berlin und Leipzig  
1918
- H u e c k , Alfred Anmerkung zum Urteil des RAG  
vom 13. 9. 1939 in ARS 37  
S. 320 ff (341 ff)
- H u e c k , Alfred Anm. zum Urteil des BGH vom  
11. 7. 1953 (= BGHZ 10 S. 187  
ff) in RdA 53 S. 478 ff
- H u e c k - Lehrbuch des Arbeitsrechts  
N i p p e r d e y Band I, 7. Aufl., Berlin und  
Frankfurt 1963 (bearbeitet  
von H u e c k )
- H u e c k - Grundriß des Arbeitsrechts  
N i p p e r d e y 3. Aufl., Berlin und Frank-  
furt 1965
- J a e g e r Kommentar zur Konkursordnung  
Band I, 8. Aufl., Berlin 1958  
(bearbeitet von L e n t )

- J o r n s "Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg" in Band 2 der Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1957
- K a s k e l - Arbeitsrecht  
D e r s c h 5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
- K i e f e r s a u e r - Grundstücksmiete  
G l a s e r 10. Aufl., Berlin 1965
- K i s c h , Wilhelm "Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich" in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, 7. Band, 2. Heft, Jena 1900
- K l e i n e i d a m "Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich" in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, 7. Band, 1. Heft, Jena 1900
- K r ü c k m a n n "Einige Bemerkungen zu den dauernden Schuldverhältnissen" Jh. Jahrb. 66 S. 1 ff
- K ü n s t l e r Der Bierlieferungsvertrag und die weiteren Verträge zur Sicherung des Absatzes im Braugewerbe 3. Aufl., Nürnberg 1957
- L a n g e , Heinrich Fragen des Eheschließungsrechts in AcP 145 S. 129 ff
- L a r e n z Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil 8. Aufl., München und Berlin 1967 Band II, Besonderer Teil 8. Aufl., München und Berlin 1967
- L e h m a n n , Heinrich "Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht" in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, 15. Band, 1. Heft, München 1906

- Leonhard , Franz Das Schuldrecht des BGB,  
Band I: Allgemeines Schuld-  
recht des BGB  
München und Leipzig 1929  
Band II: Besonderes Schuld-  
recht des BGB  
München und Leipzig 1931
- Lotmar , Philipp Der Arbeitsvertrag nach dem  
Privatrecht des Deutschen  
Reiches, Band II,  
Leipzig 1908
- Maus Handbuch des Arbeitsrechts  
(Loseblattausgabe)  
Baden-Baden und Frankfurt  
2. Aufl.
- Mavridis "Eingliederungstheorie,  
Vertragstheorie und Gemein-  
schaftsverhältnis"  
in RdA 56 S. 444
- Mayer - Maly "Arbeitsrecht und Privat-  
rechtsordnung"  
in JZ 61 S. 205 ff
- Mittelstein Die Miete nach dem Rechte  
des Deutschen Reiches  
4. Aufl., Berlin 1932
- Mohnen "Nachwirkungen des Arbeits-  
verhältnisses"  
in RdA 57 S. 361 ff
- Molitor Die Kündigung  
unter besonderer Berücksich-  
tigung der Kündigung des  
Arbeitsvertrages  
2. Aufl., Mannheim 1951
- Motive zu dem Entwurfe des Bürger-  
lichen Gesetzbuches für das  
Deutsche Reich  
Band II: Recht der Schuldver-  
hältnisse  
2. unveränd. Aufl., Berlin 1896
- Nikisch Arbeitsrecht, I. Band,  
3. Aufl., Tübingen 1961
- Nikisch "Die Eingliederung in ihrer  
Bedeutung für das Arbeits-  
recht"  
in RdA 60 S. 1 ff

- O e r t m a n n                    BGB, II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse  
1. Abteilung: §§ 241 - 432,  
5. Aufl., Berling 1928  
2. Abteilung: §§ 433 - 853,  
5. Aufl., Berlin 1929
- O e r t m a n n                    "Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug"  
in AcP, 116. Band, S. 1 ff
- P a l a n d t                    Kommentar zum BGB,  
26. Aufl., München und Berlin 1967  
§§ 1 - 432 bearbeitet von  
D a n c k e l m a n n  
§§ 433 - 853 bearbeitet von  
G r a m m
- P e r g a n d e                    Wohnraummietrecht,  
Loseblattkommentar, München  
und Berlin 1965, Stand 1966
- P l a n c k - S i b e r            Kommentar zum BGB  
2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil,  
4. Aufl., Berlin 1914
- P o t t h o f f                    "Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?"  
in ArbR 1922, Spalte 267 ff
- R a m m                    Die Anfechtung des Arbeitsvertrages  
in Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 4,  
Karlsruhe 1955
- R G R K                    Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,  
11. Aufl., 2. Band 2. Teil,  
Berlin 1960
- R o s e n b e r g                "Der Verzug des Gläubigers"  
in Jh. Jahrb. 43 S. 141 ff
- R o q u e t t e                Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches  
(Systematischer Kommentar)  
Tübingen 1966
- R o q u e t t e                "Die Verhinderung des Mieters am Mietgebrauch"  
in Betrieb 1962 S. 57 ff

- |                                            |                                                                                                                               |
|--------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| S a v i g n y                              | Das Obligationenrecht,<br>I. Band,<br>Berlin 1851                                                                             |
| S c h m i d t , Reimer                     | Die Obliegenheiten<br>Karlsruhe 1953                                                                                          |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | "Beiträge zur Lehre vom<br>Vergleich" in Band 42 der<br>Studien zur Erläuterung des<br>bürgerlichen Rechts<br>Breslau 1929    |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | Arbeitsrecht (Lehrbuch)<br>II. Aufl., Göttingen 1954                                                                          |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | "Die Eigenständigkeit des<br>Arbeitsrechts"<br>in RdA 64 S. 297 ff                                                            |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | "Vier Fragen aus dem Schadens-<br>ersatzrecht" in<br>Festschrift für Molitor zum<br>75. Geburtstag<br>München und Berlin 1962 |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | Besprechung von Ramm's<br>"Die Anfechtung des Arbeits-<br>vertrages"<br>in AcP 156 S. 467                                     |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | 120 Fälle aus dem Arbeits-<br>recht für Übungen und zum<br>Selbststudium<br>1. Folge, Göttingen 1955                          |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | Anmerkung zum Urteil des<br>BAG vom 18. 8. 1961<br>in SAE 62 S. 138 f                                                         |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | Anmerkung zum Urteil des<br>BAG vom 14. 3. 1962<br>in AP Nr. 21 zu § 615 BGB                                                  |
| S c h n o r r v o n<br>C a r o l s f e l d | Anmerkung zum Urteil des<br>BAG vom 18. 1. 1963<br>in SAE 63 S. 185 ff                                                        |
| S c h o e t z a u                          | Die Anwendbarkeit der §§ 320<br>- 327 BGB im Arbeitsvertrags-<br>recht<br>Dissertation, München 1960                          |
| S c h o l z                                | Die Anwendung des § 139 BGB<br>im Arbeitsvertragsrecht<br>Dissertation, Göttingen 1965                                        |

- Schwegmann      Zur Dogmatik des § 616 BGB  
Dissertation, Münster 1962
- Siber            Der Rechtszwang im Schuldver-  
hältnis nach Deutschem Recht  
Leipzig 1903
- Siebert          Faktische Vertragsverhältnisse  
Karlsruhe 1958
- Siebert          "Einige Entwicklungslinien  
im neuen Individualarbeits-  
recht"  
in RdA 58 S. 366 ff
- Sigel , Walther   Der gewerbliche Arbeitsver-  
trag nach dem Bürgerlichen  
Gesetzbuch  
Stuttgart 1903
- Soergel -  
    Siebert      Kommentar zum BGB, I. Band  
8. Aufl., Stuttgart 1959  
(§§ 243 - 432 bearbeitet von  
Reimer Schmidt )
- Staudinger      Kommentar zum BGB  
II. Band: Recht der Schuldver-  
hältnisse  
I. Teil §§ 241 - 432 (bearbei-  
tet von Werner )  
9. Aufl., 1930 (zitiert  
Staudinger 9. Aufl.)
- I. Band: Allgemeiner Teil  
(bearbeitet von Brändl  
und Coing )  
11. Aufl., Berlin 1957
- II. Band: Recht der Schuldver-  
hältnisse  
Teil 1c, Lieferung 2 (§§ 256 -  
277)  
10./11. Aufl., Berlin 1962  
Teil 1c, Lieferung 3 (§§ 278 -  
304)  
10./11. Aufl., Berlin 1964  
(bearbeitet von Werner )
- Teil 1c, Lieferung 5 (§§ 320 -  
327)  
10./11. Aufl., Berlin 1967  
(bearbeitet von Kaduk )
- Teil 2 (§§ 433 - 610)  
11. Aufl., Berlin 1955  
(bearbeitet von Kiefer-  
sauer , Ostler ,  
Riedel )

Teil 3 (§§ 611 - 704)  
11. Aufl., Berlin 1958  
(bearbeitet von N i p p e r -  
d e y , M o h n e n ,  
N e u m a n n und R i e d e l)  
Teil 4, Lieferung 1 (§§ 705 -  
740)  
11. Aufl., Berlin 1958  
(bearbeitet von K e l l e r )

|                                  |                                                                                                       |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| T i t z e                        | Die Unmöglichkeit der Leistung<br>nach Deutschem Bürgerlichen<br>Recht<br>Leipzig 1900                |
| T r a u t m a n n                | Unmöglichkeit der Leistung und<br>Annahmeverzug beim Arbeitsver-<br>trag<br>Gruchot Band 59 S. 434 ff |
| W e b e r                        | Anmerkung zum Urteil des OLG<br>Stuttgart vom 7. 1. 1948<br>in SJZ 48 S. 315 (318 ff)                 |
| W i n d s c h e i d -<br>K i p p | Lehrbuch des Pandektenrechts,<br>Band 2<br>8./9. Aufl., Frankfurt 1900                                |
| W o l f , Ernst                  | "Ein Wort zur Unmöglichkeits-<br>problem"<br>in NJW 55 S. 11 f                                        |
| Z ö l l n e r                    | Anmerkung zum Urteil des BAG<br>vom 18. 8. 1961<br>in AP Nr. 20 zu § 615 BGB                          |

Abkürzungsverzeichnis

|           |                                                                         |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------|
| a. A.     | anderer Auffassung                                                      |
| aaO       | am angegebenen Ort                                                      |
| Abs.      | Absatz                                                                  |
| AcP       | Archiv für civilistische Praxis<br>(Band, Seite)                        |
| a. E.     | am Ende                                                                 |
| AGBGB     | Ausführungsgesetz zum BGB                                               |
| Anm.      | Anmerkung                                                               |
| AOG       | Gesetz zur Ordnung der nationalen<br>Arbeit                             |
| AP        | Arbeitsrechtliche Praxis                                                |
| ArbR      | Arbeitsrecht (Jahr, Spalte)                                             |
| ARS       | Arbeitsrechtssammlung (Band, Seite)                                     |
| Aufl.     | Auflage                                                                 |
| AZO       | Arbeitszeitordnung                                                      |
| BAG       | Bundesarbeitsgericht                                                    |
| BAGE      | Entscheidungen des Bundesarbeits-<br>gerichts (Band, Seite)             |
| BayAGBGB  | Bayerisches Ausführungsgesetz<br>zum BGB                                |
| BB        | Der Betriebsberater (Jahr, Seite)                                       |
| Bem.      | Bemerkung                                                               |
| BetrVerfG | Betriebsverfassungsgesetz                                               |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch                                                 |
| BGH       | Bundesgerichtshof                                                       |
| BGHZ      | Entscheidungen des Bundesgerichts-<br>hofs in Zivilsachen (Band, Seite) |
| BVerfG    | Bundesverfassungsgericht                                                |
| bzw.      | beziehungsweise                                                         |
| dgl.      | dergleichen                                                             |
| d. h.     | das heißt                                                               |
| EGBGB     | Einführungsgesetz zum BGB                                               |
| f, ff     | folgende (Einzahl oder Mehrzahl)                                        |

|            |                                                                                    |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Gewu       | Gewerbeordnung                                                                     |
| Gruchot    | Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band, Seite) |
| HAG        | Heimarbeitsgesetz                                                                  |
| HGB        | Handelsgesetzbuch                                                                  |
| h. L.      | herrschende Lehre                                                                  |
| h. M.      | herrschende Meinung                                                                |
| i. d. R.   | in der Regel                                                                       |
| JB1        | Juristische Blätter (Jahr, Seite)                                                  |
| Jh. Jahrb. | Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)         |
| JW         | Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)                                            |
| JZ         | Juristenzeitung (Jahr, Seite)                                                      |
| KO         | Konkursordnung                                                                     |
| LAG        | Landesarbeitsgericht                                                               |
| LAO        | vorläufige Landarbeitsordnung                                                      |
| Lehrb.     | Lehrbuch                                                                           |
| LM         | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring  |
| MDR        | Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)                                    |
| m. E.      | meines Erachtens                                                                   |
| m. w. Hw.  | mit weiteren Hinweisen                                                             |
| NJW        | Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)                                       |
| Nr.        | Nummer                                                                             |
| RAG        | Reichsarbeitsgericht                                                               |
| RdA        | Recht der Arbeit (Jahr, Seite)                                                     |
| Rd. Nr.    | Bandnummer                                                                         |
| RG         | Reichsgericht                                                                      |
| RGRK       | Reichsgerichtsratekommentar                                                        |

|            |                                                                             |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| RGZ        | Entscheidungen des Reichsgerichts<br>in Zivilsachen (Band, Seite)           |
| Rspr.      | Rechtsprechung                                                              |
| S.         | Seite (gelegentlich auch: Satz)                                             |
| s.         | siehe                                                                       |
| SAE        | Sammlung arbeitsrechtlicher Ent-<br>scheidungen (Jahr, Seite)               |
| SchwBeschG | Schwerbeschädigtengesetz                                                    |
| SeuffA     | Seufferts Archiv für Entscheidungen<br>der obersten Gerichte (Jahr, Nummer) |
| SJZ        | Süddeutsche Juristenzeitung                                                 |
| Sp         | Spalte                                                                      |
| u. ä.      | und ähnliches                                                               |
| VerlG      | Gesetz über das Verlagsrecht                                                |
| VersR      | Versicherungsrecht (Jahr, Seite)                                            |
| vgl.       | vergleiche                                                                  |
| Vorb.      | Vorbemerkung                                                                |
| VVG        | Gesetz über den Versicherungsvertrag                                        |
| Warn.Rspr. | Warneyer, Die Rechtsprechung des<br>Reichsgerichts (Jahr, Nummer)           |
| z. B.      | zum Beispiel                                                                |
| ZPO        | Zivilprozeßordnung                                                          |



## E I N F Ü H R U N G

=====

Die bei gegenseitigen Verträgen zuweilen nachträglich eintretenden Leistungsstörungen sind bis in die Gegenwart hinein ein nahezu unerschöpfliches Thema der Zivilrechtsdogmatik geblieben.

Seit M o m m s e n s grundlegenden Abhandlungen über die Unmöglichkeit der Leistung und die Lehre von der Mora aus den Jahren 1853 und 1855 bis heute ist eine beinahe unüberschaubare Reihe von Monographien, Aufsätzen, Betrachtungen und Grundsatzentscheidungen der Rechtsprechung zu dieser Materie entstanden, und dennoch werden immer wieder ungeklärte Einzelprobleme entdeckt, die Anreiz zu neuen Untersuchungen bieten.

Eine der wenigen in diesem Zusammenhang bedeutsamen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die bislang relativ selten ausführlich gewürdigt wurde, ist der § 324, der folgenden Wortlaut hat:

"Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist."

Die Tatsache, daß diese Vorschrift in fast allen Lehrbüchern und Kommentaren nur am Rande Beachtung findet, dürfte in erster Linie darauf zurückzuführen sein, daß in der Praxis nicht allzu häufig Fälle vorkommen, in

denen die Leistung des Schuldners aus Gründen unterbleibt, die im Bereich des Gläubigers liegen<sup>(1)</sup>.

Ein anderes, noch weithin unerforschtes Gebiet ist das der sogenannten Dauerschuldverhältnisse, zu denen nach bislang herrschender Meinung auch der Arbeitsvertrag gehört.

Es entbehrt daher, wie sicherlich auch jeder unbefangene Betrachter zugeben wird, nicht eines gewissen Reizes, die Anwendbarkeit des § 324 im Rahmen derartiger Schuldverhältnisse zu untersuchen.

Hierzu ist jedoch zunächst eine grundlegende Erörterung über den Sinn und Zweck jener Bestimmung erforderlich, die im ersten Teil dieser Arbeit erfolgen soll. Dem zweiten und dritten Teil, in dem dann das eigentliche Thema behandelt werden kann, wird aus Gründen der Klarheit jeweils ein Kapitel über den Begriff und die wichtigsten Wesensmerkmale der Dauerschuldverhältnisse und des Arbeitsvertrages voranzustellen sein.

Schließlich sei noch erwähnt, daß den Ausgangspunkt für die zu behandelnden Fragen grundsätzlich die heute herrschende Lehre und Rechtsprechung bilden sollen. Auf geschichtliche Entwicklungen und vereinzelte abweichende Auffassungen soll daher nur insoweit eingegangen werden, als diese für die vorliegende Untersuchung als Ganzes von besonderer Bedeutung sind.

---

(1) Beachte aber die Fälle des sogenannten Betriebsrisikos im Arbeitsrecht, die allerdings nach h. M. ohne Beachtung der Vorschriften des BGB zu lösen sind.

Erster Teil:

Die Stellung und Bedeutung  
des § 324 BGB

## I. Kapitel

### Überblick

Die meisten Schuldverhältnisse werden reibungslos abgewickelt. Der Schuldner bewirkt in der Regel die geschuldete Leistung an den Gläubiger und das Schuldverhältnis erlischt nach § 362 Abs. 1 BGB.

Nun kann es aber sein, daß die geschuldete Leistung nach Abschluß des Vertrages unmöglich wird. Als Beispiel für eine derartige Situation sei folgender Fall erwähnt:

A verkauft B ein bestimmtes Auto, will es ihm jedoch erst am folgenden Tag übergeben und übereignen. In der Nacht verbrennt das Auto.

Wenn weder A noch seine Gehilfen den Brand vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben, so wird er von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 275 BGB).

Diese Befreiung, die nach § 275 Abs. 1 und 2 immer<sup>(1)</sup> dann eintritt, wenn der Schuldner ein nachträgliches dauerndes Unmöglichwerden der Leistung nicht zu vertreten hat<sup>(2)</sup>, führt jedoch nicht zur völligen Vernichtung des Schuldverhältnisses<sup>(3)</sup>.

Deshalb bestimmen die §§ 323 ff BGB für die gegenseitigen Verträge, was mit der Gegenleistung des Gläubigers, zu der dieser an sich auf Grund des noch bestehenden Vertrages verpflichtet wäre, geschieht.

---

(1) § 275 gilt auch bei gegenseitigen Verträgen, vgl. schon Motive II, S. 208.

(2) Zu vertreten hat der Schuldner in der Regel sein nachträgliches Unvermögen bei Gattungsschulden (§ 279 BGB).

(3) So kann z. B. das Schuldverhältnis gemäß § 281 BGB noch die Verpflichtung zur Herausgabe von Ersatzvorteilen erzeugen.

Der § 324 Abs. 1 BGB regelt das Schicksal dieser Gegenleistung für den Fall, daß der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat. In einem solchen Fall behält der Schuldner nach Satz 1 dieser Bestimmung den Anspruch auf die Gegenleistung.

Wenn also im obigen Fall der Käufer den Brand schuldhaft verursacht hat, muß er den Kaufpreis für das Auto bezahlen.

Wenn der Schuldner jedoch durch die Leistungsbefreiung etwas erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben hat, so muß er sich das anrechnen lassen. Das Gleiche gilt, wenn er den Erwerb böswillig unterlassen hat (§ 324 Abs. 1 S. 2 BGB).

Der Käufer darf daher z. B. vom Kaufpreis die Kosten für eine erforderliche Reparatur abziehen, die der Verkäufer noch vornehmen sollte, und die sich nunmehr infolge des Untergangs des Autos erübrigt.

Diese Rechtsfolgen treten gemäß § 324 Abs. 2 BGB auch dann ein, wenn die Leistung des Schuldners, ohne daß er dies vertreten muß, zu einer Zeit unmöglich wird, zu der der Gläubiger im Annahmeverzug ist.

Hatte also der Verkäufer dem Käufer das Auto zur vertraglich festgesetzten Zeit angeboten, der Käufer jedoch die Annahme verweigert, so muß er auch dann den Kaufpreis bezahlen, wenn der Verkäufer den Brand leicht fahrlässig verursacht hat (§§ 324 Abs. 2, 293, 300 BGB).

## II. Kapitel

### Einzelheiten

#### 1. Abschnitt: Voraussetzungen für die Anwendbarkeit

Wie sich aus dem obigen Überblick entnehmen läßt, treten die Rechtsfolgen des § 324 BGB nur unter folgenden Voraussetzungen ein:

Zwei Parteien (Schuldner und Gläubiger) müssen

- a) einen schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrag geschlossen haben,
- b) die Leistung des Schuldners wird nachträglich unmöglich, und zwar entweder
- c1) aus einem Grund, den der Gläubiger zu vertreten hat  
oder
- c2) zu einer Zeit, in der der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, aus Gründen, die der Schuldner nicht zu vertreten hat.

In den folgenden Paragraphen sollen zunächst diese Voraussetzungen näher erläutert werden.

§ 1 Der Schuldrechtliche gegenseitige Verpflichtungs-  
vertrag

- a) Ein Vertrag ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, bei dem die Rechtswirkung durch zusammenstimmende Willenserklärungen (vgl. die §§ 116 - 144)<sup>(1)</sup> mindestens zweier Rechtssubjekte hervorgebracht werden soll. Die Willenserklärungen der einzelnen Vertragspartner vereinigen sich dabei zu dem gemeinschaftlichen sogenannten Vertragswillen<sup>(2)</sup>. Zu einem Vertrag gehören also mindestens zwei zusammenstimmende Willenserklärungen (i. d. R. Angebot und Annahme) verschiedener Rechtssubjekte, die wirksam abgegeben und dem jeweiligen Vertragspartner im allgemeinen<sup>(3)</sup> zugegangen sein müssen<sup>(4)</sup>.
- b) Der § 324 setzt das Bestehen eines schuldrechtlichen Vertrags voraus, wie sich schon aus der Stellung dieser Bestimmung im Gesetz ergibt. Ferner muß es sich um einen Verpflichtungsvertrag handeln; denn § 324 spricht von einer "dem einen Teil obliegenden Leistung", einer Leistung also, die dieser erst erbringen soll.

Ein solcher obligatorischer Vertrag liegt vor, wenn mindestens einer der Beteiligten (der Schuldner) seinen Willen erklärt hat, dem anderen (Gläubiger) eine Leistung erbringen zu wollen, und wenn der andere diesen Antrag angenommen hat. Auf Grund dieser eingegangenen Verpflichtung des Schuldners ist dann der Gläubiger, und zwar grundsätzlich nur dieser<sup>(5)</sup>, be-

---

(1) §§ ohne nähere Bezeichnung sind im folgenden solche des BGB.

(2) So schon RG in Warn. Rspr. 1908 Nr. 185.

(3) Ausnahme: § 151.

(4) Auf die sogenannten faktischen Vertragsverhältnisse kann hier nicht eingegangen werden; vgl. hierzu vor allem Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse 1958.

(5) Ausnahme: § 328, Vertrag zugunsten Dritter.

rechtigt, vom Schuldner die Leistung zu fordern (§ 241 Abs. 1). Verbindlichkeit einerseits und Forderungsrecht andererseits bestehen also in der Regel nur gegenüber der anderen Vertragspartei<sup>(1)</sup>.

Der § 324 findet daher weder bei den schuldrechtlichen Verfügungsverträgen<sup>(2)</sup> Anwendung, noch bei den sachen-, familien- und erbrechtlichen Verträgen, insbesondere auch nicht bei Erbverträgen, selbst wenn diese beiderseitige (§ 2298) oder gegenseitige Verfügungen zum Gegenstand haben<sup>(3)</sup>.

Dieser obligatorische Vertrag muß schließlich ein **g e g e n s e i t i g e r**, d. h. ein vollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag sein. Er ist von den einseitig verpflichtenden und den unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträgen durch die Art und Weise der Verpflichtung zur Leistung zu unterscheiden.

Bei einem einseitig verpflichtenden Vertrag verpflichtet sich, wie der Name schon sagt, nur ein Vertragspartner zu einer Leistung, die in einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestehen kann. Beispiele hierfür sind das Schenkungsversprechen (§ 518) und die Bürgschaft (§ 765). Auch bei einem solchen Vertrag müssen naturgemäß mindestens zwei Vertragspartner vorhanden sein, also "zwei Seiten" existieren. Die häufig verwendete Bezeichnung "einseitige Verträge" ist insoweit etwas ungenau. Ja, selbst die Bezeichnung "einseitig verpflichtende Verträge" erscheint nicht ganz exakt, denn neben der Leistungspflicht des einen Vertragspartners entstehen auch hier vielfach auf beiden Sei-

---

(1) Nur ausnahmsweise kann ein obligatorischer Vertrag auch Wirkungen gegen außenstehende Dritte haben, vgl. z. B. die §§ 571, 556 Abs. 3, 604 Abs. 4.

(2) Diese sind z. B. der Erlaß (§ 397) und die Forderungsabtretung (§ 398 ff).

(3) Vgl. RG in SeuffA 89 Nr. 150.

ten weitere Verhaltenspflichten<sup>(1)</sup> oder allgemeine Treuepflichten<sup>(2)</sup> (3). Nur die Leistungspflicht selbst entsteht lediglich auf einer Seite; das ist in den obengenannten Beispielen die Pflicht des Schenkungsversprechers und die des Bürgen, das Versprochene auch zu gewähren. Eigentlich müßte man diese Verträge also als einseitig zur Leistung verpflichtende Verträge bezeichnen.

Ihnen gegenüber stehen die zweiseitig (zur Leistung) verpflichtenden Verträge, die ihrerseits wieder in die vollkommen und die unvollkommen zweiseitigen Verträge unterteilt werden. Nur die ersteren, die "contractus bilaterales aequales", sind gegenseitige Verträge im Sinne der §§ 320 ff.

Ihr Kennzeichen ist, daß jeder dem anderen eine Leistung gerade deshalb verspricht, um dafür von diesem eine "Gegenleistung" zu erlangen<sup>(4)</sup>. Beide Schuldversprechen stehen also in einem rechtsbegründeten Gegenseitigkeitsverhältnis, dem sogenannten "genetischen Synallagma". Fehlt diese finale Gegenseitigkeitsbildung, so handelt es sich nur um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag. Typisches Beispiel für den letzteren ist der Auftrag (§§ 662 ff). Hier ist der Aufwendersatz des § 670 keine echte Gegenleistung für die geleistete Arbeit. Das gleiche gilt für die Unkostenbeiträge bei unentgeltlichen Veranstaltungen oder Aufbewahrung von Garderobe<sup>(5)</sup>.

---

(1) So L a r e n z I. S. 6 ff.

(2) So S o e r g e l - S i e b e r t Anm. 2 vor § 320, RGRK Anm. 3 a vor § 320.

(3) Gegen diese Einteilung neuerdings F i k e n t - s c h e r S. 28, der diese Nebenpflichten dem "Leistungsinhalt zurechnen" will.

(4) L a r e n z I. S. 4.

(5) Vgl. E s s e r S. 59 und 61.

Bei gegenseitigen Verträgen muß eine Leistung um der anderen willen versprochen werden. Dies ist z. B. bei Kauf-, Miet-, Dienst- und Werkverträgen der Fall. In der Regel liegt ein Austauschverhältnis beider Leistungen vor. Dies ist jedoch nicht das eigentliche Wesensmerkmal für das Synallagma, denn es gibt auch gegenseitige Verträge, bei denen das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht voll ausgeprägt ist, so z. B. der Gesellschaftsvertrag. Kennzeichnend ist vielmehr, daß jede Seite ihre Verpflichtung mit Rücksicht auf die Gegenseite übernimmt und daß dadurch Leistung und Gegenleistung in ein Abhängigkeitsverhältnis zueinander geraten<sup>(1)</sup>.

- d) Abschließend sei noch erwähnt, daß § 324 nicht bei allen obligatorischen gegenseitigen Verträgen ohne Einschränkungen anwendbar ist. Die in den §§ 323 ff enthaltenen Bestimmungen über die Rechtsfolgen der nachträglichen Unmöglichkeit sind nicht zwingend, sondern können durch vertragliche Vereinbarungen abgeändert werden.

Ferner sind sie nach dem Grundsatz "lex specialis derogat legi generali" unanwendbar, soweit gesetzliche Sondervorschriften vorhanden sind. Derartige Spezialnormen verdrängen jedoch die §§ 323 nicht völlig, sondern nur, wenn sie im Einzelfall auch tatsächlich eingreifen. So sind diese unter Umständen auch bei Miet- und Pachtverhältnissen trotz der §§ 537, 542 anwendbar. Das gleiche gilt für Dienstverhältnisse selbstständig Tätiger, obwohl die Gefahrtragung des Dienstverpflichteten in den §§ 615, 616 abgewandelt ist<sup>(2)</sup>.

---

(1) Diese Auffassung ist allerdings umstritten; sowie hier RGZ 147 S. 342, 158 S. 326; Soergel - Siebert Vorb. 6 und 14 vor § 320, Staudinger - Kaduk Vorb. 22 vor § 320 und Fikentscher S. 479; a. A. z. B. Staudinger - Kessler Anm. 6 ff zu § 705.

(2) BGHZ 10 S. 190.

Schließlich kann sich auch aus der Natur des jeweiligen besonderen Vertragstyps eine Abweichung ergeben<sup>(1)</sup>.

---

(1) Vgl. Soergel - Siebert Vorb. 3 vor § 323.

## § 2 Das Unmöglichwerden der Leistung

### 1. Der Leistungsbegriff in § 324

Unter Leistung ist hier nur jenes Verhalten zu verstehen, zu dem sich der Schuldner dem Gläubiger gegenüber vertraglich ausdrücklich verpflichtet hat. Das kann ein Tun, Dulden oder Unterlassen sein (§ 241).

Es muß sich ferner um jene Leistung handeln, die zur Leistung des Vertragspartners in dem oben auf S. 9 näher erläuterten synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis steht. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 324 Abs. 1 selbst; denn die dort genannten Rechtsfolgen können logischerweise nicht eintreten, wenn eine Leistung unmöglich wird, für die keine Gegenleistung vereinbart wurde.

Als synallagmatisch abhängige Leistung kommt in der Regel nur die vertraglich vereinbarte Hauptleistung in Frage. Das wären im eingangs erwähnten Beispiel sowohl die Übergabe als auch die Übereignung des Autos. Doch ist es auf Grund der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit auch möglich, daß für eine bestimmte Nebenleistung eine Gegenleistung vereinbart wird. Ob eine solche Vereinbarung vorliegt, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach dem Vertragsinhalt und dem Vertragszweck, denen man in aller Regel entnehmen kann, ob nicht wenigstens ein Teil der Gegenleistung "als Ausgleich" für die betreffende Nebenleistung gedacht war. Auch wenn lediglich eine solche in das Gegenseitigkeitsverhältnis aufgenommene Nebenleistung unmöglich

wird, ist § 324 anwendbar<sup>(1)</sup>.

## 2. Das Unmöglichwerden

Die synallagmatisch abhängige Leistung wird unmöglich, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, den Leistungserfolg herbeizuführen, wenn also der Erfüllung der Leistungsverpflichtung ein endgültiges Hindernis entgegentritt.

- a) Dieses Hindernis, das der eigentliche Unmöglichkeitsgrund ist, kann vielerlei Art sein. Es spricht von naturgesetzlichen, praktischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Hindernissen<sup>(2)</sup>. In der Regel wird jedoch die auf Mommsen und Windscheid zurückgehende Einteilung in die tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit auch heute noch bevorzugt<sup>(3)</sup>.
- aa) Tatsächlich unmöglich im logisch-naturwissenschaftlichen Sinne wird die Leistung nur dann, wenn sie überhaupt nicht mehr erbracht werden kann, wenn also z. B. die zu liefernde Sache verbrannt und dadurch vollständig untergegangen ist, oder wenn ein Maler während der Fertigstellung eines bestellten Gemäldes erblindet ist.

---

(1) Fikentscher S. 192. Hiervon ist jedoch der Fall zu unterscheiden, daß die bloße Unmöglichkeit einer vertraglich vereinbarten Nebenleistung letztlich zu einer Unmöglichkeit der gesamten Leistung führt. Eine derartige Rechtslage war z. B. bei der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 88 S. 37 gegeben. Dort war die vereinbarte Versendung der Ware unmöglich geworden und "das Rechtsgeschäft war ohne Versendung zu einem ganz anderen" geworden. Die vereinbarte Versendung war also in jenem speziellen Fall ein so wichtiger Vertragsbestandteil, daß sie den Sinn und Zweck des gesamten Vertrages grundlegend mitbestimmte.

(2) aaO S. 333.

(3) Nur Wolff, NJW 55 S. 11 hält diese herkömmliche Einteilung für überflüssig.

Unter die tatsächliche Unmöglichkeit im weiteren Sinn wird man jedoch auch die praktische Unmöglichkeit rechnen können. Das sind jene Fälle, in denen die Leistung an sich noch möglich wäre, z. B. weil der Leistungsgegenstand noch existiert, bei denen aber der Erfüllung praktisch unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen, z. B. weil die zu liefernde Sache inzwischen gestohlen wurde und nicht mehr aufzufinden ist.

bb) Rechtlich unmöglich wird die Leistung dann, wenn ihr nach Vertragsschluß dauernde Rechtshindernisse entgegentreten, so z. B. wenn der Gläubiger sich die vom Schuldner zu liefernde Sache von einem Dritten rechtswirksam übereignen läßt<sup>(1)</sup> oder wenn ein gesetzliches Veräußerungsverbot erlassen wird<sup>(2)</sup>.

cc) Offen bleibt demnach nur noch die Frage der rechtlichen Qualifikation der Fälle der sogenannten "wirtschaftlichen (unechten) Unmöglichkeit". Es handelt sich dabei um jene Fälle, in denen die Leistung an sich noch möglich ist, bei denen aber die Herbeiführung des Leistungserfolges mit derart großen Schwierigkeiten verbunden ist, daß sie außerhalb der dem Schuldner nach Treu und Glauben (§ 242) zuzumutenden "Opfergrenze"<sup>(3)</sup> liegt. Das wird man immer dann annehmen müssen, wenn der Schuldner die Leistung nur mit Hilfe von finanziell und wirtschaftlich für ihn untragbaren, sogenannten "überobligationsmäßigen" Aufwendungen erbringen könnte, wenn also z. B. die Anschaffungskosten des Schuldners für eine be-

---

(1) RG JW 10 S. 105.

(2) RGZ 170 S. 259.

(3) Der Begriff der Opfergrenze wurde vor allem von H e c k entwickelt (vgl. H e c k aaO § 28 S. 88 f).

reits weiter verkaufte Ware infolge plötzlicher enormer Preissteigerungen so hoch werden, daß sie ein Vielfachers des mit dem Gläubiger vereinbarten Verkaufspreises betragen.

Eine weit verbreitete Lehre<sup>(1)</sup>, der sich zum Teil auch die Rechtsprechung angeschlossen hatte<sup>(2)</sup>, will diese Fälle denen der echten Unmöglichkeit gleichstellen. Allerdings kann dies nach folgerichtiger Meinung von L e h m a n n bestenfalls dann gelten, wenn der Schuldner sich hierauf beruft, weil die Rechtsordnung ihm die Möglichkeit beläßt, die Leistung freiwillig durch überobligationsmäßige Anstrengungen zu bewirken und dann auch die Gegenleistung zu fordern<sup>(3)</sup>.

Inzwischen hat sich aber immer mehr die Auffassung durchgesetzt, daß es sich in jenen Fällen nicht um eine echte Unterart der Unmöglichkeit handelt<sup>(4)</sup>, sondern um eine besondere Unterart der Lehre von der Veränderung der Geschäftsgrundlage<sup>(5)</sup>.

Es hieße den Rahmen des hier gestellten Themas sprengen, wollte man zu den bei diesem Meinungsstreit auftretenden Problemen eingehend Stellung nehmen. Es sei aber erwähnt, daß die Bedenken, die gegen eine Gleichstellung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit, um die es sich hier in

- 
- (1) Vgl. die bei L a r e n z I. auf S. 244 Anm. 4 angeführten Hauptverfechter, insbesondere auch Enneccerus - L e h m a n n S. 129 f und 201 f.
- (2) Vgl. die frühere Rechtsprechung des RG, z. B. RGZ 92 S. 87 und 94 S. 45, und BGH LM § 275 BGB Nr. 3.
- (3) Enneccerus - L e h m a n n S. 130.
- (4) So konsequenterweise Enneccerus - L e h m a n n S. 130.
- (5) L a r e n z I. S. 246, BGH LM § 242 Bb Nr. 12, Staudinger - W e r n e r Anm. 8 und 9 vor § 275 BGB.

Wahrheit handelt<sup>(1)</sup>, mit der Unmöglichkeit nicht von der Hand zu weisen sind. Mit Recht weist L a r e n z darauf hin, daß durch ein Hineinmengen des konkretisierungsbedürftigen Wertmaßstabes der Zumutbarkeit der ursprünglich klar nach objektiven Merkmalen bestimmbare Begriff der Unmöglichkeit allzusehr aufgeweicht würde<sup>(2)</sup>. Da die ganze Lehre von der wirtschaftlichen Unmöglichkeit ohnehin auf dem Grundsatz von Treu und Glauben aufgebaut ist, erscheint es zumindest zweckmäßiger und dem Interesse einer dogmatisch exakt fixierten Jurisprudenz mehr dienend, diese Fälle als solche der "wirtschaftlichen Unzumutbarkeit" im Rahmen von § 242 direkt zu behandeln<sup>(3)</sup>. Soweit in den folgenden Kapiteln daher der Begriff Unmöglichkeit verwendet wird, soll damit nur die tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit im oben dargelegten Sinn verstanden werden.

- b) Wie schon oben auf Seite 13 erwähnt, setzt der Begriff der Unmöglichkeit voraus, daß der Erfüllung der Leistungsverpflichtung endgültiges Hindernis entgegentritt. Ein zeitweiliges Hindernis reicht hierzu in aller Regel nicht aus, weil das Gesetz grundsätzlich davon ausgeht, daß die nicht rechtzeitig bewirkte

---

(1) Hierin liegt der eigentliche Unterschied zu den obenerwähnten Fällen der praktischen Unmöglichkeit. L a r e n z aaO unterscheidet zwischen "wirtschaftlicher Unsinnigkeit" und "wirtschaftlicher Unzumutbarkeit".

(2) aaO S. 245.

(3) So auch BGH in BB 56 S. 254 und LM Nr. 12 zu § 242 (Bb).

Leistung nachgeholt werden kann<sup>(1)</sup>. Wenn also z. B. eine an den Gläubiger zu liefernde Sache wegen eines plötzlichen Verkehrsstreiks momentan nicht befördert werden kann, so bleibt der Schuldner dennoch weiterhin zur Lieferung verpflichtet. Der Gläubiger muß warten bis die Leistung möglich ist. Ob er neben seinem Erfüllungsanspruch einen Anspruch auf Ersatz seines durch die Leistungsverzögerung entstandenen Schadens geltend machen oder die Rechte des § 326 ausüben kann, hängt davon ab, ob der Schuldner diese Leistungsverzögerung zu vertreten hat, oder nicht. Im ersteren Falle spricht das BGB von (Schuldner-) Verzug, der gemäß §§ 284, 285 nichts anderes ist, als eine rechtswidrige Leistungsverzögerung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grund<sup>(2)</sup>.

Der Unterschied zwischen Unmöglichkeit einerseits und Verzögerung (einschließlich Verzug) andererseits läßt sich also regelmäßig der Tatsache entnehmen, ob das Hindernis in absehbarer Zeit behoben werden kann oder nicht.

Von diesem Grundsatz gibt es aber bestimmte Ausnahmen, die mit der Rechtsnatur der geschuldeten Leistung zusammenhängen. So gibt es z. B. Leistungen, die nach ihrer Natur oder nach dem Inhalt des geschlossenen Vertrages nur zu einer ganz bestimmten Zeit oder während eines genau fixierten Zeitraumes erfolgen dürfen, weil sie zu einer anderen Zeit ihren Zweck nicht mehr erfüllen und damit für den Gläubiger ohne jegliches Interesse werden. Ein Rechtsgeschäft, das eine derart-

---

(1) So die herrschende Meinung, die den Verzug nicht als Sonderfall der Unmöglichkeit, also auch nicht als Fall der hinsichtlich der Leistungszeit eintretenden Teilungsmöglichkeit ansieht. (Vgl. z. B. Staudinger - W e r n e r Vorb. 40 vor § 275 BGB und L a r e n z I. S. 238; a. A. noch T i t z e S. 12 und 33 und L e h m a n n aaO S. 186 ff, die zwar Nachholbarkeit bejahen, den Verzug selbst aber als "teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit" betrachten)

(2) Enneccerus - L e h m a n n S. 217, Staudinger - W e r n e r Vorb. 41 vor § 275.

ge Leistung zum Gegenstand hat, wird als absolutes Fixgeschäft<sup>(1)</sup> oder als Fixgeschäft im weiteren Sinne<sup>(2)</sup> bezeichnet.

Es liegt z. B. vor, wenn zum Verzehr bei einer bestimmten Geburtstagsfeier eine Torte geliefert werden soll, wenn jemand ein Taxi bestellt, um mit dessen Hilfe einen bestimmten Zug zu erreichen oder wenn ein Sänger sich verpflichtet, in einem bestimmten Konzert aufzutreten. In all diesen Fällen kann der den beiden Vertragspartnern bekannte Zweck des Rechtsgeschäfts nach Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts nicht mehr erreicht werden. Die Lieferung der Torte wäre nach Abschluß der Geburtstagsfeier für den Gläubiger zwecklos geworden, sinnlos die Taxifahrt, wenn der Zug bereits weggefahren ist, oder das Auftreten des Sängers, sobald das Konzert beendet ist. In derartigen Fällen wird der mit der Leistung des Schuldners verbundene und nur zu einem bestimmten Zeitpunkt oder Zeitraum erreichbare Zweck zu einem solch integrierenden Bestandteil der Leistungspflicht, daß der durch ihn bestimmte Zeitpunkt zum Leistungsinhalt erhoben wird. Zwar könnte die Leistungshandlung für sich allein gesehen auch später noch erfolgen. Da aber der mit ihr bezweckte Erfolg nach Verstreichen des bestimmten Zeitpunktes oder Zeitraumes nicht mehr erreicht werden kann, handelt es sich dann nicht mehr um die ursprünglich geschuldete Leistung. Hier begründet deshalb das Nichteinhalten der Leistungszeit

---

(1) L a r e n z I. S. 239, E s s e r S. 137.

(2) Staudinger - W e r n e r Vorb. 41 vor § 275.

eine endgültige und vollständige Unmöglichkeit<sup>(1)</sup>.

Im Einzelfall kann die Entscheidung der Frage, ob ein vorübergehendes Hindernis den gesamten Leistungszweck in Frage stellt und damit zur Unmöglichkeit führt, sehr schwierig sein. Dann darf die Gleichstellung des vorübergehenden Hindernisses mit dem endgültigen nur erfolgen, wenn dem Gläubiger die Einhaltung des Vertrages offensichtlich nicht zugemutet werden kann. Ob dies anzunehmen ist, muß jeweils unter billiger Abwägung der Belange der beiden Vertragspartner festgestellt werden<sup>(2)</sup>.

- c) Unmöglich-werden im Sinne von § 324 bedeutet ferner, daß die Unmöglichkeit nicht schon von Anfang an besteht, sondern erst nachträglich eintreten darf. Der allein entscheidende Zeitpunkt, der für die Unter-

---

(1) H. M., vgl. hierzu vor allem S t a u d i n g e r 9. Aufl. § 361 Anm. 1 a, E s s e r S. 137, Enneccerus - L e h m a n n S. 107 und 206, B l o m e y e r S. 37 und L a r e n z I. S. 239 und 276.

Von diesen absoluten Fixschulden sind die gewöhnlichen in § 361 genannten Fixschulden zu unterscheiden. Auch bei ihnen soll zwar die Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt erbracht werden, aber dieser wird dort von den Parteien eben nicht zum Leistungsinhalt erhoben, sondern gehört, wie in allen anderen Fällen, zur Art und Weise der Leistung. Deshalb steht dort auch nicht von vornherein fest, ob der Gläubiger an der verspäteten Leistung nicht doch noch ein gewisses Interesse hat (vgl. Staudinger - W e r n e r Vorb. 42 vor § 275), so daß dieser selbst darüber entscheiden kann, ob er die verspätete Leistung noch annehmen oder gemäß § 361 vom Vertrag zurücktreten will. Da der festbestimmte Zeitpunkt bei den gewöhnlichen Fixgeschäften nicht notwendig aus dem Inhalt der Leistung folgt, muß er hier von den Parteien durch eine besonders klare und deutliche vertragliche Vereinbarung bedungen werden (vgl. S t a u d i n g e r 9. Aufl. § 361 Anm. 1 a und die obengenannten Fundstellen).

(2) So vor allem RGZ 146 S. 60 und Enneccerus - L e h m a n n S. 206.

scheidung von ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit in Frage kommt, ist gemäß § 275 der Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses. Dies ist bei gegenseitigen Verträgen immer der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht etwa der des Eintritts der Rechtsfolgen<sup>(1)(2)</sup>.

- d) Dagegen kommt es im Rahmen von § 324 nicht darauf an, ob die nach Vertragsschluß eingetretene Unmöglichkeit eine objektive oder eine subjektive ist. Der § 275 Abs. 2, welcher das nachfolgende Unvermögen der objektiven Unmöglichkeit gleichstellt, gilt nämlich auch bei gegenseitigen Verträgen<sup>(3)</sup>. Eine Erörterung der Unterschiede von Unvermögen und Unmöglichkeit ist daher nicht erforderlich.
- e) Das gleiche gilt im Rahmen des § 324 bezüglich der Abgrenzung der völligen von der teilweisen Unmöglichkeit.

Nach dieser Bestimmung ist nämlich der Gläubiger grundsätzlich an sich verpflichtet, die gesamte Gegenleistung zu erbringen, wenn die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht oder während des Annahmeverzugs durch einen nicht vom Schuldner zu vertretenden Grund eintritt. Ist daher der Gläubiger in diesen Fällen bei

---

(1) H. M.; vgl. L a r e n z I. S. 77 Anm. 3, S o e r g e l - S i e b e r t § 306 Anm. 1, E n n e c c e r u s - L e h m a n n S. 199; a. A. aber R G R K § 275. Anm. 23 mit Hinweis auf Anm. 2 bei § 198.

(2) Bei aufschiebend bedingten oder befristeten Verträgen ist daher die Unmöglichkeit auch dann eine nachfolgende, wenn sie zu einem Zeitpunkt eintritt, der zwischen dem des Vertragsabschlusses und dem des Eintritts der Bedingung oder Befristung liegt. (Vgl. hierzu die Begründung bei E n n e c c e r u s - L e h m a n n S. 199 und bei S t a u d i n g e r - W e r n e r § 275 Bem. 13.)

(3) Absolut h. M., vgl. schon R G W a r n R s p r. 10 Nr. 323.

Eintritt der vollständigen Unmöglichkeit zur ganzen Gegenleistung verpflichtet, so muß er dem natürlich erst recht nachkommen, wenn durch derartige Umstände nur eine teilweise Unmöglichkeit eingetreten ist<sup>(1)</sup>. Schließlich bleibt ja sein Anspruch auf den noch möglichen Teil der schuldnerischen Leistung nach wie vor bestehen, wie sich aus dem Wort "soweit" in § 275 ergibt. Wenn also z. B. beim Kauf von drei bestimmten Zentnern Holz nur einer vor der Übergabe aus Verschulden des Käufers verbrennt, d. h. vollständig vernichtet wird, so muß der Verkäufer gemäß § 433 die restlichen zwei Zentner übergeben und übereignen, kann allerdings den vollen Kaufpreis für alle drei Zentner verlangen. Den gleichen Anspruch hätte der Verkäufer auch dann, wenn durch Verschulden des Käufers oder infolge eines anderen von ihm zu vertretenden Umstandes das gesamte Holz verbrannt wäre.

Für die Verpflichtung des Gläubigers zur ganzen Gegenleistung ist es daher im Rahmen des § 324 praktisch unerheblich, ob die Leistung des Schuldners ganz oder nur teilweise unmöglich geworden ist. Der Gläubiger kann in jedem Falle nur den Einwand der Anrechnung des rein rechnerisch zu ermittelnden Vorteils des Schuldners gemäß Abs. I S. 2 dieser Bestimmung erheben.

Der Unterschied zwischen teilweiser und völliger Unmöglichkeit wirkt sich also hier, anders als im Rahmen des § 323, direkt nur auf die Leistungspflicht des Schuldners aus.

---

(1) Planck - S i b e r § 324 Anm. 4 und Staudinger-K a d u k § 324 Anm. 25; vgl. hierzu auch unten § 5 unter 1.

### § 3 Vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden

Als dritte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 324 ist in Abs. 1 S. 1 dieser Bestimmung festgelegt, daß die nachträgliche Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung auf einem Umstand beruhen muß, den der Gläubiger zu vertreten hat<sup>(1)</sup>.

Die Frage, was der Gläubiger zu vertreten hat, ist im Gesetz nirgends geregelt. Nach dem Sprachgebrauch

- (1) Haben beide Parteien die Unmöglichkeit zu vertreten, so ist § 324 nicht ohne weiteres anwendbar. Der Schuldner kann in diesen Fällen nur insoweit von seiner Leistungspflicht frei werden (§ 275 Abs. 1), als nicht er, sondern der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Im übrigen bleibt er dem Gläubiger gemäß §§ 280, 325 verpflichtet. Der Gläubiger kann also Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, vom Vertrag zurücktreten oder die Rechte aus § 323 geltend machen. Da er aber die Umstände, die zur Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners geführt haben, jedenfalls zum Teil mitzuvertreten hat, müssen sich die Rechte und Pflichten des Schuldners nicht nur aus § 275 und § 325, sondern auch aus § 324 ergeben. Das führt zu Schwierigkeiten, wenn der Gläubiger nach § 325 den Rücktritt erklärt oder sich gemäß § 323 auf den Standpunkt stellt, daß seine Verpflichtung zur Gegenleistung erloschen sei. Hierdurch würde der Schuldner entgegen § 324 seines immerhin zum Teil bestehenden Anspruchs auf die Gegenleistung verlustig gehen. Das ist aber angesichts des beiderseitigen Vertretenmüssens der Parteien nicht gerechtfertigt. Die herrschende Meinung wendet daher in derartigen Fällen die Bestimmung des § 254 entsprechend an. Hierdurch werden die sich aus den §§ 275, 324, 325 ergebenden Rechtsfolgen zwangsläufig eingeschränkt. Das gilt jedenfalls für das Rücktrittsrecht und für die gänzliche Leistungsfreiheit des Gläubigers bezüglich der Gegenleistung. Dagegen behält der Gläubiger seinen Anspruch auf Nichterfüllung (§ 325) insoweit, als der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Soweit dies nicht der Fall ist, wird der Schuldner nach § 275 ohnehin frei und behält ferner gemäß § 324 den Anspruch auf die Gegenleistung (siehe Staudinger - K a d u k § 324 Anm. 39 f, vgl. ferner L a r e n z I. S. 299, L e o n - h a r d I. S. 494, Planck - S i b e r § 324 Anm. 1 a und Enneccerus - L e h m a n n S. 205).

des BGB hat nur der Schuldner etwas "zu vertreten" (§ 275). Der Umfang des schuldnerischen Vertretenmüssens ist in den §§ 276 - 279 enthalten. Für unerlaubte Handlungen ist man "verantwortlich" (§§ 827 - 830, 834 - 836, 838 - 841, 848). Das gleiche Wort wird allerdings in § 287 synonym für "vertreten müssen" des Vertragsschuldners gebraucht. Dagegen ist bei Verstößen gegen die eigenen Interessen weder von "vertreten" noch von "verantworten", sondern von "verschulden" die Rede (z. B. §§ 254, 351). Die Entscheidung darüber, welche Umstände der Gläubiger zu vertreten hat, ist daher im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden, vor allem, weil die §§ 276 - 279 auf den Gläubiger nicht unmittelbar angewendet werden können; denn dieser hat in Bezug auf den Leistungsgegenstand des Schuldners keine Leistungspflicht, die er verletzen könnte.

Die Lehre und Rechtsprechung haben jedoch im Laufe der Zeit eine ganze Reihe von Kriterien aufgestellt und entwickelt, mit deren Hilfe sie diese Fragen zu lösen versuchten<sup>(1)</sup>. Nach dem heutigen Stand der Entwicklung lassen sich die Fälle der auf einem einmaligen vorübergehenden Leistungsaustausch angelegten gegenseitigen Verträge hinsichtlich dieses Problems in etwa folgendermaßen einteilen:

- a) Der Gläubiger hat die Unmöglichkeit zu vertreten, wenn er aus irgendeinem Grund verpflichtet ist, am Erbringen der geschuldeten Leistung mitzuwirken, diese Mitwirkungspflicht schuldhaft verletzt und

---

(1) Vgl. hierzu grundlegend K i s c h S. 72 ff, ferner Staudinger - Kaduk § 324 Anm. 4 ff, Planck - Siber § 324 Anm. 1 a, Oertmann § 324 Anm. 1, RG RK § 324 Anm. 2, Soergel - Siebert § 324 Anm. 2, Enneccerus - Lehmann S. 205 Anm. 17, Larenz I. S. 298 f, Fikentscher § 44 S. 195 und RGZ 166 S. 147.

dadurch die Unmöglichkeit herbeiführt.

aa) Der Grund für diese Mitwirkungspflicht des Gläubigers kann sich einmal aus der Natur oder dem Inhalt des Vertrags selbst ergeben. Zu denken ist dabei an jene Fälle, bei denen die Möglichkeit des Leistungserfolgs von Voraussetzungen abhängt, die in der Person oder den Verhältnissen des Gläubigers begründet sind. Als Beispiele seien hier die Unmöglichkeit der Bearbeitung oder des Transports von Sachen des Gläubigers genannt, wenn dieser sie endgültig nicht beschaffen kann<sup>(1)</sup>. Ferner fallen hierunter jene Fälle, in denen der Gläubiger eine ihm bezüglich des Schuldgegenstands obliegende besondere vertragliche Verhaltenspflicht, z. B. als Mieter oder Pächter die Obhutspflicht, verletzt und dadurch die Leistung des Schuldners unmöglich macht<sup>(2)</sup>.

bb) Die Mitwirkungspflicht des Gläubigers kann sich aber auch aus einem anderen, bereits zwischen den Parteien bestehenden, Rechtsverhältnis ergeben, das seinerseits auf Gesetz (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag, elterliche Gewalt, Vormundschaft u. ä.) oder auf einem anderen Vertrag (z. B. Generalmandat) beruhen kann<sup>(3)</sup>.

Mit Recht weist K i s c h <sup>(4)</sup> darauf hin, daß der Mitwirkungsverpflichtete in all diesen Fällen den Schuldner im Fall der Verletzung

---

(1) K i s c h S. 76.

(2) Vgl. L a r e n z I. S. 298, O e r t m a n n § 324 Anm. 1, Staudinger - K a d u k § 324 Anm. 10.

(3) Vgl. K i s c h S. 72 und Planck - S i b e r § 324 Anm. 1 aα.

(4) aaO S. 72/73.

seiner Pflichten zu entschädigen hätte, wenn er nicht gleichzeitig der Gläubiger wäre, so daß er seinerseits erfüllen muß, wenn die durch eine solche Pflichtverletzung unmöglich gewordene Leistung ihm selbst zugestanden hat.

Soweit sich diese Mitwirkungspflicht aus einem Schuldverhältnis ergibt, richtet sich die Haftung des Gläubigers für das Verschulden Dritter nach § 278<sup>(1)</sup>.

- b) Der Gläubiger hat die Unmöglichkeit auch dann zu vertreten, wenn er sie, ohne eine direkte Mitwirkungspflicht im obengenannten Sinne zu haben, durch sein eigenes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten herbeigeführt hat. Hierzu gehören vor allem die Fälle, in denen der Gläubiger direkt auf den Leistungsgegenstand einwirkt, so z. B. wenn der Käufer als Gläubiger die ihm noch nicht übereignete Sache des Verkäufers vorsätzlich oder fahrlässig zerstört<sup>(2)</sup>. Da der Gläubiger durch ein solches Verhalten regelmäßig eine unerlaubte Handlung begeht, haftet er dem Schuldner ohnehin nach den §§ 823 ff. Hieraus schließt die wohl herrschende Meinung, daß der Gläubiger für ein derartiges Verhalten Dritter auch im Rahmen des § 324 Abs. 1 nur gemäß § 831 einzustehen habe<sup>(3)</sup>.

- c) Schließlich hat der Gläubiger die Unmöglichkeit auch dann zu vertreten, wenn sie infolge der Ver-

---

(1) K i s c h S. 72, Planck - S i b e r § 324  
Anm. 1 a, Enneccerus - L e h m a n n S. 205  
Anm. 16.

(2) Vgl. L a r e n z I. S. 298, R G R K § 324  
Anm. 2, Staudinger - K a d u k § 324 Anm. 16.

(3) So K i s c h S. 73 und 78, Planck - S i b e r  
§ 324 Anm. 1 a, Enneccerus - L e h m a n n  
Anm. 16 und Staudinger - K a d u k § 324 Anm. 16.  
Dagegen meinen O e r t m a n n § 324 Anm. 1 und  
L a r e n z I. S. 298, der Gläubiger hafte auch  
in diesen Fällen nach § 278.

letzung einer nach § 242 bestehenden Pflicht des Gläubigers, den vom Schuldner herbeizuführenden Leistungserfolg nicht zu verhindern, eingetreten ist. Zwar ist der Gläubiger regelmäßig zu einer positiven Förderung der schuldnerischen Leistung nicht verpflichtet. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich jedoch, daß er dieselbe nicht verhindern darf<sup>(1)</sup>. Wenn er dies dennoch durch sein eigenes, freies, ihm zurechenbares Verhalten tut, so verletzt er zwar nicht notwendig eine Rechtspflicht, er darf aber die wirtschaftlich nachteilige Folge nicht auf den vertragstreuen Schuldner abwälzen und muß daher die Rechtsfolgen des § 324 Abs. 1 in Kauf nehmen<sup>(2)</sup>. Zu dieser Kategorie gehören all jene Fälle, in denen der Gläubiger der schuldnerischen Leistung Hindernisse bereitet, ohne gesetzlich oder vertraglich zum Gegenteil verpflichtet zu sein, so z. B. wenn der Käufer die vorerst noch einem Dritten gehörende Kaufsache zerstört oder sie diesem nach Vertragsschluß mit dem Schuldner direkt abkauft, um den Schuldner als Zwischenhändler auszuschalten.

Reimer Schmidt<sup>(3)</sup> sagt in Anlehnung an Leonhard<sup>(4)</sup>, der Gläubiger habe grundsätzlich die Pflicht, die Erfüllung nicht zu vereiteln, und diese Pflicht sei mit der zur Abwendung des Schadens nach § 254 verwandt<sup>(5)</sup>. Es

---

(1) Kisch S. 74, Oertmann § 324 Anm. 1.

(2) Larenz I. S. 299, Soergel - Siebert § 324 Anm. 2, RGZ 166 S. 147, BGHZ 38 S. 192.

(3) "Die Obliegenheiten" S. 159.

(4) Band I S. 493.

(5) Zu den Obliegenheiten im Rahmen des § 254 vgl. auch Schnorr von Carolsfeld in Festschrift für Molitor S. 365 ff, insbes. § 374 ff.

handle sich um eine "Mitwirkungsobliegenheit". Mit Recht weisen er und L a r e n z aaO jedoch darauf hin, daß es entgegen der Auffassung des Reichsgerichts<sup>(1)</sup> nicht darauf ankommt, ob die zur Unmöglichkeit führende Handlung des Gläubigers einen schuldhaften Verstoß gegen die eigenen Belange darstellt oder nicht. Die Hindernisse, die der Gläubiger der Leistung in den Weg legt, können nämlich, für sich allein betrachtet, sehr wohl im eigenen Interesse des Gläubigers liegen, wie das vorgenannte zweite Beispiel zeigt.

---

(1) In RGZ 166 S. 147.

§ 4 Das Unmöglichwerden während des Verzugs des  
Gläubigers

Alternativ zu dem unter § 3 Gesagten treten die Rechtsfolgen des § 324 gemäß Abs. II dieser Bestimmung auch dann ein, wenn die Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs des Gläubigers aus einem Grund eintritt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

1. Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs

Der Gläubiger gerät in Verzug, wenn er eine zur Erfüllung der geschuldeten Leistung erforderliche Mitwirkung unterläßt und er dadurch die Herbeiführung des Leistungserfolges verzögert. Da in der Regel die wichtigste Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers die "Pflicht" zur Leistungsannahme ist<sup>(1)</sup>, wird der Verzug des Gläubigers häufig auch einfach als Annahmeverzug (= mora accipiendi) bezeichnet. Auch das BGB spricht in § 324 Abs. 2 nur vom "Verzug der Annahme". Von dieser Bestimmung werden aber auch jene Fälle erfaßt, in denen der Gläubiger eine andere Mitwirkungsobliegenheit verletzt und dadurch die Leistungserfüllung verzögert.

Die Voraussetzungen für den Eintritt des Gläubigerverzugs sind in den §§ 293 - 299 geregelt. Auf die

---

(1) Eine Annahmepflicht des Gläubigers im Sinne einer einklagbaren Verbindlichkeit besteht, abgesehen von den Fällen, in denen sie sich aus dem Gesetz oder aus der Natur des Vertrages oder auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ergibt, nicht (vgl. Staudinger - Werner § 293 Anm. 18, Reimer Schmidt "Obliegenheiten" S. 147 ff, insb. Anm. 733 und S. 149). Deshalb soll in den folgenden Kapiteln der von Reimer Schmidt aaO geprägte Begriff der Obliegenheit verwendet werden, weil hierdurch der Unterschied zu den einklagbaren Verbindlichkeiten besser verdeutlicht wird.

darin enthaltenen näheren Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden. Für das vorliegende Thema soll vielmehr der nachstehende kurze Überblick genügen.

- a) Gemäß § 293 kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Grundsätzlich ist daher ein Angebot seitens des Schuldners erforderlich, das in der Regel (§ 294) tatsächlich und in den in § 295 S. 1 genannten Fällen wörtlich erfolgen muß. Soweit zur Bewirkung der Leistung des Schuldners eine besondere Handlung des Gläubigers erforderlich ist<sup>(1)</sup>, steht gemäß § 295 S. 2 die Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger zur Vornahme dieser Handlung dem wörtlichen Angebot gleich. Schließlich ist in bestimmten, in § 296 näher bezeichneten Fällen ein Angebot des Schuldners überhaupt nicht erforderlich.
- b) Der Begriff des Angebots setzt voraus, daß die Leistung überhaupt möglich ist, denn grundsätzlich muß das Angebot ja ein tatsächliches sein und auch ein wörtliches Angebot einer unmöglichen Leistung wäre nur eine bloße Geste. § 297 bestimmt daher, daß der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt des Angebots außerstande ist, die Leistung zu erbringen. Außerdem beruht der Gläubigerverzug letztlich auf dem Grundgedanken, daß die rechtzeitige Erfüllung
- 
- (1) Eine solche Mitwirkungshandlung ist z. B. bei Wahl-schulden gegeben, wenn entgegen § 262 dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht. Ferner ist an den Kauf auf Abruf und an den Spezifikationskauf sowie an jenen Fall zu denken, bei dem der Gläubiger dem Schuldner einen Bestandteil der zu liefernden Sache beizubringen hat (zum letzteren vgl. Staudinger - W e r n e r § 295 Anm. 7, OLG Stuttgart SJZ 48 S. 315 mit Anm. von W e b e r , B l o m e y e r aaO S. 216).

gerade daran scheitert, daß der Gläubiger seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachkommt<sup>(1)</sup>. Deshalb bestimmt § 297 weiter, daß der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn die Leistung in den Fällen, in denen es nach § 296 eines Angebots nicht bedarf, zu dem für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeitpunkt nicht möglich ist.

Daraus folgt allgemein:

Die Leistungsunmöglichkeit auf seiten des Schuldners schließt grundsätzlich den Eintritt des Gläubigerverzugs begrifflich aus. Es kann jeweils nur entweder das eine oder das andere vorliegen.

Der Begriff der Leistungsunmöglichkeit ist hier im Rahmen des § 297 im wesentlichen der gleiche wie er oben auf S. 13 ff definiert wurde. Insbesondere ist es gleichgültig, ob die Unmöglichkeit auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht, ob sie eine objektive ist oder nur subjektives Unvermögen vorliegt<sup>(2)</sup>. Da der Schuldner in der Regel zu Teilleistungen nicht berechtigt ist (§ 266), kommt es hier wiederum nicht darauf an, ob die Unmöglichkeit eine völlige oder teilweise ist, denn in beiden Fällen gerät der Gläubiger nicht in Verzug.

Entgegen der oben aufgestellten Definition spielt aber auch die Dauer der Unmöglichkeit im Rahmen des § 297 keine Rolle. Dies folgt daraus, daß die Leistung hier zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt möglich sein muß. Auch ein vorübergehendes Leistungshindernis schließt deshalb den Gläubigerverzug aus.

Die Abgrenzung zwischen Leistungsunmöglichkeit und Gläubigerverzug bereitet im Einzelfall häufig Schwierigkeiten, vor allem dann, wenn der Schuldner an sich die Leistungshandlung vornehmen könnte, den Leistungserfolg selbst aber aus einem in der Person oder der

---

(1) L a r e n z I. S. 292.

(2) Staudinger - W e r n e r § 297 Anm. 2.

Sphäre des Gläubigers liegenden Grund dennoch nicht herbeiführen kann. So stellt sich die Frage, ob Unmöglichkeit oder Gläubigerverzug vorliegt z. B. dann, wenn der Patient im gleichen Augenblick stirbt, in dem der Arzt ihn operieren will, oder wenn die auszumalende Kirche abbrennt, bevor der Maler sein Werk vollendet hat.

Die Lösung dieses Abgrenzungsproblems ist bis heute in Lehre und Rechtsprechung heftig umstritten<sup>(1)</sup>. Da es jedoch nicht nur bei den einfachen Schuldverhältnissen auftritt, sondern gerade bei den dauernden, und beim Arbeitsvertrag eine besondere Rolle spielt, wird hierüber im zweiten Teil noch ausführlich zu sprechen sein<sup>(2)</sup>. Deshalb soll es zunächst genügen, das Problem aufgezeigt zu haben.

- c) Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß der Gläubiger in Verzug gerät, sobald er die ihm tatsächlich oder wörtlich angebotene Leistung nicht annimmt (§§ 293, 294, 295 S. 1), der Aufforderung zur erforderlichen Mitwirkung nicht nachkommt (§ 295 S. 2) oder (in den Fällen des § 296) seine Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt. Ferner kommt der Gläubiger in Verzug, wenn der Schuldner nur Zug um Zug gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist und der Gläubiger zwar bereit ist, die ihm angebotene Leistung anzunehmen, die vereinbarte Gegenleistung aber nicht anbietet (§ 298).

Ein Verschulden des Gläubigers ist in all diesen Fällen nicht erforderlich. Vielmehr reicht die bloße Tatsache der Nichtannahme oder der Unterlassung der sonstigen Mitwirkungshandlung für den Eintritt des Gläubigerverzugs grundsätzlich aus.

---

(1) Vgl. Staudinger - W e r n e r § 293 Anm. 2 - 8 mit zahlreichen Hinweisen.

(2) Vgl. unten § 11 1b).

Allerdings gibt es zu Gunsten des Gläubigers in § 299 eine Ausnahme, wenn dieser vorübergehend an der Annahme verhindert ist und die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt war, vor der bestimmten Zeit zu leisten, und wenn der Schuldner ihm die Leistung nicht eine angemessene Zeit vorher angekündigt hatte. Diese Regelung beruht letztlich auf Billigkeitserwägungen, denn es ist dem Gläubiger in derartigen Fällen nicht zuzumuten, jeden Augenblick zur Leistungsannahme bereit zu sein.

Genauso unbillig wäre es aber, wenn man vom Gläubiger in diesen Fällen, in denen der Schuldner seine Leistung während eines längeren Zeitraums erbringen kann, verlangen würde, daß er jederzeit zur Gegenleistung bereit ist. Daher nimmt die wohl herrschende Meinung an, daß § 299 auch im Rahmen des § 298 analog anwendbar ist, daß also z. B. der Käufer nicht in Verzug kommt, wenn er den Kaufpreis für die ihm angebotene Sache gerade nicht zur Hand hat<sup>(1)</sup>.

Das gleiche muß aber schließlich auch dann gelten, wenn der Gläubiger in derartigen Fällen vorübergehend verhindert ist, eine sonstige Mitwirkungshandlung vorzunehmen. § 299 ist deshalb auch im Rahmen des § 295 S. 1, 2 Alternative und S. 2 analog anzuwenden, so daß der Gläubiger beispielsweise nicht in Verzug kommt, wenn er der Aufforderung des Schuldners, ihm die zu bearbeitende Sache zu übergeben, vorübergehend nicht nachkommen kann.

## 2. Der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit

Der § 324 Absatz 2 setzt weiter voraus, daß die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung zu einer Zeit unmöglich wird, zu der sich der Gläubiger in Verzug befindet. Die Unmöglichkeit muß also während des Gläubigerverzugs eintreten. Ist die schuldnerische

---

(1) L a r e n z I. S. 294, Staudinger - W e r n e r § 298 Anm. 5.

Leistung schon vorher unmöglich geworden, so kann, wie bereits oben unter 1 b) (S. 29 f) erörtert, der Gläubiger gar nicht mehr in Verzug geraten und § 324 Abs. 2 schon deshalb nicht gegeben sein.

Diese Bestimmung ist daher vor allem anwendbar, wenn die Unmöglichkeit zu einem Zeitpunkt eintritt, der zeitlich nach dem Eintritt des Gläubigerverzugs liegt, wenn also die Unmöglichkeit später eintritt als der Gläubigerverzug.

Was aber geschieht dann, wenn der Gläubiger durch ein und dasselbe Verhalten sowohl sich selbst in Verzug setzt als auch die Leistung des Schuldners unmöglich macht? Dies kann namentlich bei den sogenannten absoluten Fixgeschäften<sup>(1)</sup> vorkommen, so z. B. wenn der Besteller die zum Verzehr bei einer Geburtstagsfeier bestimmte und ihm rechtzeitig angebotene Torte nicht annimmt.

Nach h. M. setzt ein derartiges Verhalten zunächst den Gläubiger in Verzug und führt unmittelbar darauf die Unmöglichkeit herbei, so daß die Rechtsfolgen des § 324 auf Grund von Abs. 2 eintreten, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger den Verzug und die dadurch eingetretene Unmöglichkeit nicht im Sinne von Abs. 1 zu vertreten hat<sup>(2) (3)</sup>.

---

(1) Vgl. oben § 2 b) S. 17 f.

(2) Vgl. Larenz I. S. 299, Oertmann § 324 Anm. 1 b, Planck - Siber § 324 Anm. 1 b, Staudinger - Werner § 293 Anm. 8, Weber in SJZ 48 S. 319, Palandt - Danckelmann § 293 Anm. 1 b.

(3) Gelegentlich können in einem solchen Fall sogar Schuldnerverzug, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit zusammentreffen. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Schuldner die für 16.00 Uhr bestellte Torte, die aber erst um 17.00 Uhr verzehrt werden soll, erst um 16.30 Uhr anliefert, und wenn der Gläubiger dann die Türe wegen der bereits begonnenen Geburtstagsfeierlichkeiten nicht mehr öffnet (vgl. hierzu auch BAG in AP, § 615 Nr. 21 mit Anm. von Schnorr von Carolsfeld).

Im Einzelfall kann jedoch auch hier die Frage auftauchen, ob das Verhalten des Gläubigers die Unmöglichkeit direkt herbeiführt oder zunächst nur Gläubigerverzug begründet. Dieses Abgrenzungsproblem, das mit dem oben unter 1 b) auf S.30f Erörterten eng zusammenhängt, wird später noch ausführlich behandelt werden müssen<sup>(1)</sup>.

3. Das Vertretenmüssen des Schuldners während des Gläubigerverzugs

Als dritte und letzte Voraussetzung bestimmt § 324 Abs. 2, daß die Unmöglichkeit während des Gläubigerverzugs aus einem Grund eintreten muß, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Normalerweise hat der Schuldner gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten und muß darüber hinaus gemäß § 278 im gleichen Umfang für jedes Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen eintreten. Sobald sich aber der Gläubiger in Verzug befindet, erstreckt sich die Haftung des Schuldners für den Leistungserfolg gemäß § 300 Abs. 1 nur noch auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Daraus folgt, daß die in § 324 Abs. 1 enthaltenen Rechtsfolgen auch dann eintreten, wenn der Schuldner oder seine Gehilfen die Unmöglichkeit des Leistungserfolgs leicht fahrlässig herbeigeführt haben, während sich der Gläubiger in Verzug befand.

---

(1) Siehe unten § 11, 1 b und 2 b.

## 2. Abschnitt:

### § 5 Die Rechtsfolgen

Wie schon eingangs auf S. 4 erwähnt, besteht jedes Schuldverhältnis auch dann fort, wenn die vom Schuldner zu erbringende Leistung nachträglich unmöglich wird. Während in den §§ 275 ff bestimmt ist, wie sich die nachfolgende Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht des Schuldners auswirkt, enthalten die §§ 323 ff für alle gegenseitigen Verträge eine generelle Regelung darüber, was mit der von der unmöglich gewordenen Leistung synallagmatisch abhängigen Gegenleistung geschieht.

Auch § 324 ist dieser gesetzlichen Systematik angepaßt und besagt daher nicht, was aus der Leistungspflicht des Schuldners wird, wenn die oben im ersten Abschnitt erläuterten Voraussetzungen vorliegen<sup>(1)</sup>.

(1) Dieses Problem des Übergangs der sogenannten Leistung- oder Sachgefahr kann daher nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein. Hierzu sei nur kurz folgendes bemerkt:

- a) Der Schuldner wird, soweit der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat, gemäß § 275 BGB von der Verpflichtung zur Leistung frei. Den Eintritt dieser Rechtsfolgen wird man auch dann annehmen müssen, wenn es sich um eine noch nicht konkretisierte Gattungsschuld handelt. Es wäre nämlich ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn sich der Gläubiger in einem solchen Fall auf die "Garantiehaftung" des § 279 berufen würde (h. M., vgl. Staudinger - Werner § 279 Anm. 6, Fikentscher S. 195 und Palandt - Danckelmann § 279 Anm. 4 mit Hinweis auf RGZ 97 S. 6 (10)).

Diese im Ergebnis begrüßenswerte Auffassung ist allerdings insoweit bedenklich, als es zweifelhaft erscheint, ob bei einer noch nicht konkretisierten Gattungsschuld schon ein bestimmter "geschuldeter" Leistungsgegenstand vorhanden ist, dessen Erbringung unmöglich geworden sein könnte. In Wirklichkeit handelt es sich hier um einen Fall der Unzumutbarkeit, der der Unmöglichkeit gleichzustellen ist (vgl. auch oben S. 14f).



In ihm ist nur geregelt, wie sich diese Voraussetzungen auf die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung auswirken.

Hierzu ist im einzelnen folgendes auszuführen:

1. Der Schuldner behält den Anspruch auf die Gegenleistung  
(§ 324 Abs. 1 S. 1 letzter Halbsatz)

Der Gläubiger bleibt also auch nach Eintritt der Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung grundsätzlich verpflichtet, seine vertraglich zugesicherte Gegenleistung zu erbringen. Das bedeutet, daß er sich in der gleichen Situation befindet, in der er wäre, wenn der Schuldner an ihn geleistet hätte<sup>(1)</sup>. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß derjenige, der eine ihm geschuldete Leistung unmöglich macht, aus Gründen der Gerechtigkeit hierfür einstehen soll, und daß man ferner dem Schuldner nicht zumuten kann, weiterhin in vollem Umfang die Preisgefahr für den Leistungsgegenstand zu tragen, wenn eine rechtzeitige Erfüllung aus Gründen scheitert, die allein in der Person oder Sphäre des Gläubigers ihren Ursprung haben.

Die Frage, ob die schuldnerische Leistung völlig oder nur zum Teil unmöglich geworden ist, ist im Rahmen des § 324 bedeutungslos. In beiden Fällen kann der Schuldner grundsätzlich die gesamte Gegenleistung verlangen, denn es wäre widersinnig, den Gläubiger im

---

← b) Im Falle des Eintritts der Unmöglichkeit während des Gläubigerverzugs wird der Schuldner einer Spezies-Schuld gemäß §§ 300 Abs. 1, 275 auch dann frei, wenn er oder seine Gehilfen die Unmöglichkeit leicht fahrlässig verursacht haben. Zu den Erfordernissen des Übergangs dieser Sachgefahr bei Gattungsschulden vgl. vor allem L a r e n z I. S. 295 f.

(1) Vgl. Motive II S. 208, wo es heißt: die ihm (dem Gläubiger) obliegende Leistung gilt als erbracht" und Warn. Rspr. 1918 S. 160, wo das Reichsgericht ausführt: "der Anspruch des Gläubigers gilt als erfüllt".

Fall der teilweisen Unmöglichkeit besser zu stellen als im Fall der völligen Unmöglichkeit<sup>(1)</sup>. Der Gläubiger wird durch diese Gleichbehandlung nämlich nicht benachteiligt, weil ja der Schuldner bei einer nur teilweisen Unmöglichkeit den noch möglichen Teil seiner Leistung nach wie vor erbringen muß<sup>(2)</sup>.

## 2. Die Anrechnung von Vorteilen

Eine allzu starre Anwendung des in § 324 Abs. 1 S. 1 enthaltenen Grundsatzes würde jedoch häufig zu einer Bereicherung des Schuldners führen, vor allem dann, wenn er zur Bewirkung der Leistung noch Aufwendungen hätte machen müssen, die nunmehr infolge der Unmöglichkeit fortgefallen sind. Wenn aber der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung behält, wie wenn er erfüllt hätte, so dürfen ihm andererseits aus dem Eintritt der Unmöglichkeit auch keine unbilligen Vorteile erwachsen. Vielmehr muß auch er selbst so gestellt sein, als ob er die ganze Leistung erbracht hätte. Aus diesem Grunde ist in S. 2 des § 324 Abs. 1 bestimmt, daß sich der Schuldner das anrechnen lassen muß, was er infolge seiner Leistungsbefreiung erspart, durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

- a) Als anrechenbares Ersparnis kommt in erster Linie der Wert der Aufwendungen im soeben genannten Sinn in Frage. Hierzu gehören also z. B. die ersparten Zutaten des Werkunternehmers, dessen Löhne für Hilfskräfte, seine Reisekosten zur Arbeitsstätte oder die Kosten für den Versand und für das Verpackungsmaterial.

---

(1) Vgl. Planck - S i b e r § 324 Anm. 4 und  
S t a u d i n g e r 9. Aufl. § 324 Anm. 3 a.

(2) Dies ergibt sich schon aus dem Wort "soweit" in  
§ 275.

Zu den Ersparnissen gehört ferner die Befreiung von einer auf dem Vermögen, dem Recht oder dem sonstigen Leistungsgegenstand bisher ruhenden Last oder Beschränkung<sup>(1)</sup>.

Schließlich ist eine Ersparnis im Sinn des § 324 Abs. 1 S. 2 auch dann gegeben, wenn dem Schuldner noch ein verwertbarer Überrest des zur Leistung untauglich gewordenen Gegenstandes verbleibt, denn durch die Leistung selbst hätte er auch diesen Überrest eingebüßt<sup>(2)</sup>.

Teilweise wird sogar die Meinung vertreten, daß auch der Gewinn, den der Schuldner bei der Verwertung des Überrestes macht, anrechenbar sei<sup>(3)</sup>. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht ganz unbedenklich. Abgesehen davon, daß man bezüglich eines solchen Gewinns wohl kaum noch von Ersparnis reden kann, würde dem Gläubiger damit nämlich ein Vermögenswert zugebilligt, den sich der Schuldner allein durch seine eigene Geschäftstüchtigkeit erworben hat.

Außer diesen Ersparnissen muß sich der Schuldner auch das anrechnen lassen, was er dadurch erwirbt, daß er seine eigene Arbeitskraft, soweit er sie zur Leistungserfüllung hätte aufwenden müssen, nunmehr anderweitig verwendet. Die Arbeitskraft selbst kann nicht angerechnet werden, weil sie kein Vermögensbestandteil ist. Der Schuldner ist grundsätzlich auch nicht verpflichtet, seine freigewordene Arbeitskraft anderweitig einzusetzen, selbst wenn er dies gewerbsmäßig zu tun pflegt<sup>(4)</sup>. Nur wenn er dies böswillig unterläßt, wird er so behandelt, als hätte er tatsächlich etwas erworben, und muß sich

---

(1) Erman - Groepper § 324 Anm. 3, Becker JW 1912 S. 977.

(2) Enneccerus - Lehmann S. 205 Anm. 18.

(3) Kisch S. 91, Staudinger 9. Aufl. § 324 Anm. 3 b, aa, ß, und Planck - Siber § 324 Anm. 2.

(4) Planck - Siber § 324 Anm. 2.

dann das anrechnen lassen, was er hätte erwerben können. Böswillig bedeutet dabei mehr als vorsätzlich. Zum Vorsatz, die eigene Arbeitskraft nicht anderweitig einsetzen zu wollen, muß nämlich in aller Regel die Absicht, den Gläubiger durch dieses Unterlassen schädigen zu wollen, hinzukommen. Nach h. M. reicht es allerdings auch aus, wenn der Schuldner lediglich die Absicht hat, die Möglichkeit, untätig zu bleiben, wider Treu und Glauben für sich auszunutzen<sup>(1)</sup>.

- b) Die Anrechnung selbst erfolgt auf Grund eines Einwandes seitens des Gläubigers. Es handelt sich jedoch nicht um eine Einrede, sondern um eine rechtshindernde beziehungsweise rechtsvernichtende Einwendung<sup>(2)</sup>. Dabei wird der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung um die anrechenbaren Beträge gekürzt. Es liegt also keine Aufrechnung im Sinne des § 387 vor; denn der Gläubiger hat keinen selbständigen Anspruch auf die Gewährung dieser Beträge<sup>(3)</sup>. Wenn daher der Gläubiger in Unkenntnis der Anrechnungsmöglichkeit die gesamte Gegenleistung erbringt, so kann er vom Schuldner nur nach § 812 das zuviel Geleistete zurückfordern<sup>(4)</sup>.

---

(1) Enneccerus - Lehmann S. 205 Anm. 19, Oertmann § 324 Anm. 4, Planck - Siber § 324 Anm. 2, R G R K § 324 Anm. 5, Erman-Groeppe r § 324 Anm. 3; aa. Staudinger 9. Aufl. § 324 Anm. 3 b, aa, der Schädigungsabsicht verlangt. Zur Frage der Böswilligkeit vgl. die umfangreiche Literatur und Rspr. zu § 615, insb. auch Schnorr von Carolsfeld Anm. zum Urteil des BAG vom 18. 1. 63 in SAE 63 S. 183 ff.

(2) Erman - Groeppe r § 324 Anm. 3.

(3) R G R K § 324 Anm. 5; vgl. auch RG JW 10 S. 1002 (zu § 649).

(4) Erman - Groeppe r aa0., Staudinger - Kaduk § 324 Anm. 36.

### 3. Weitere Rechtsfolgen

Durch § 324 wird die Geltendmachung weitergehender Ansprüche seitens der Parteien nicht ausgeschlossen, weil diese Bestimmung lediglich regelt, welche Auswirkungen die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung auf die Gegenleistung des Gläubigers zeitigt. Es würde im Rahmen des gestellten Themas zu weit führen, auf alle weiteren möglichen Rechtsfolgen einzugehen, die in diesem Zusammenhang eintreten können. Vollständigkeitshalber sei aber hier ein kurzer Hinweis auf zwei naheliegende weitere Ansprüche der Parteien gestattet.

- a) So kommt es häufig vor, daß der Gläubiger durch eine von ihm zu vertretende Handlung nicht nur die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners herbeiführt, sondern diesem noch einen darüber hinausgehenden Schaden zufügt. Diese Situation ist beispielsweise gegeben, wenn in dem eingangs erwähnten Fall des Autokaufs durch den vom Käufer verschuldeten Brand nicht nur das Auto vernichtet, sondern auch die Garage beschädigt wird.

In derartigen Fällen kann der Schuldner neben dem ihm gemäß § 324 Abs. 1 verbleibenden Erfüllungsanspruch bezüglich der weitergehenden Schäden vom Gläubiger Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung<sup>(1)</sup> und unerlaubter Handlung verlangen<sup>(2)</sup>.

---

(1) Vgl. hierzu Staudinger - K a d u k § 325 Anm. 14 ff, insb. Anm. 27.

(2) Vgl. Staudinger - K a d u k § 324 Anm. 26. Gegen diese von der h. L. angenommene Konkurrenz der beiden Schadensersatzansprüche erhebt S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Bedenken (vgl. hierzu sein Lehrb. S. 271).

So muß der Käufer im obigen Beispiel nicht nur den Kaufpreis für das Fahrzeug (abzüglich der Ersparnisse des Verkäufers im Sinne von § 324 I. S. 2) zahlen, sondern auch Ersatz für die an der Garage entstandenen Schäden leisten.

- b) Andererseits verbleiben dem Gläubiger im Falle des § 324 neben der dort in S. 2 genannten Anrechnungsmöglichkeit auch noch die Ansprüche aus § 281.

Wird also z. B. bei einem Autokauf das noch nicht übereignete Fahrzeug aus Verschulden des Käufers gestohlen, so hat dieser gegen den Verkäufer einen selbständigen Anspruch auf Abtretung von dessen Ersatzansprüchen gegen den Dieb.

Das ist, entgegen der ursprünglichen Auffassung des Reichsgerichts, das die Ansprüche aus § 281 nur im Rahmen des § 324 als anrechenbar ansah<sup>(1)</sup>, heute allgemein anerkannt<sup>(2)</sup>.

---

(1) Vgl. RG Warn Rspr. 18 Nr. 160.

(2) Enneccerus - Lehmann S. 205 Anm. 17, Oertmann § 324 Anm. 7, Planck - Siber § 324 Anm. 3, Staudinger - Kaduk § 324 Anm. 32; vgl. auch schon Kleineidam S. 140 und Kisch S. 94.



Zweiter Teil:

Der § 324 ,

bei Dauerschuldverhältnissen

Nachdem im ersten Teil das Wesen und die Funktion des § 324 BGB allgemein erörtert worden ist, können wir uns nun dem eigentlichen Thema zuwenden.

Bevor allerdings auf die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei Dauerschuldverhältnissen eingegangen werden kann, bedarf es noch einiger Ausführungen über den Begriff der Dauerschuldverhältnisse selbst. Deshalb soll im folgenden Kapitel zunächst das Wesen der Dauerschuldverhältnisse und deren Besonderheiten gegenüber den einfachen Schuldverhältnissen dargelegt werden.

## I. Kapitel

### Die Dauerschuldverhältnisse

#### I. Einführung

Bereits das römische Recht kannte eine Reihe von Obligationen, die auf Dauer angelegt waren, so z. B. die locatio conductio rei, die societas, das depositum und das commodatum. Außerdem finden sich derartige Dauer-Verträge auch schon im germanischen Recht. Es sei hier nur an den Treudienstvertrag zwischen Gefolgsherrn und Gefolgsmann und an die Gesindemiete erinnert.

Dennoch haben die Besonderheiten, durch die sich die über einen längeren Zeitraum andauernden Schuldverhältnisse von den übrigen unterscheiden, bis zum Anfang dieses Jahrhunderts wenig Beachtung gefunden. Zwar nahmen schon Savigny und Windscheid eine Einteilung der Leistungen in vorübergehende und dauernde vor<sup>(1)</sup>, bei der Ausarbeitung des BGB wurde jedoch

---

(1) S a v i g n y S. 302, W i n d s c h e i d -  
K i p p § 252 Nr. 2.

eine generelle Regelung der Dauerschuldverhältnisse nicht getroffen. Eine Ausnahme findet sich im allgemeinen Teil des Schuldrechts nur bei § 346 S. 2 im Hinblick auf die Rücktrittsfolgen. Im übrigen beschränkte sich der Gesetzgeber darauf, bei einzelnen Schuldverhältnissen bestimmte Besonderheiten zu regeln, die sich als Folge ihrer Dauerhaftigkeit ergaben.

Diese immerhin etwas erstaunliche Tatsache erklärt sich zum Teil daraus, daß sich das römische Recht auf eine Regelung der einzelnen Schuldverhältnisse beschränkte und deshalb keine allgemeinen, für alle Schuldverhältnisse gleichermaßen geltenden Vorschriften besaß. Daher waren auch im gemeinen Recht, das später die wichtigste Grundlage für das BGB bildete, die allgemeinen Lehren aus dem Recht eines vorübergehenden Schuldverhältnisses, nämlich dem des Kaufvertrages, abgeleitet worden.

Die Unterlassung des BGB-Gesetzgebers beruht aber wohl auch darauf, daß sich allein aus dem Begriff der Dauer eine generelle Regelung nur sehr schwer ableiten läßt. Der zur Abwicklung benötigte Zeitraum kann nämlich bei den einzelnen Typen der Schuldverhältnisse ganz verschiedene Auswirkungen haben, weil sich diese eben nicht nur aus der Dauer selbst, sondern vor allem auch aus der Art der geschuldeten Leistung und der daraus folgenden jeweils verschiedenen Intensität der persönlichen Bindung der Parteien ergeben<sup>(1)</sup>.

Inzwischen ist jedoch die Einteilung der Schuldverhältnisse in vorübergehende und dauernde allgemein üblich geworden. Sie ist vor allem Otto von Gierke zu verdanken, der mit seiner grundlegen-

---

(1) Vgl. Beitzke S. 7 und 8 für den Fall der Kündigung.

den Darstellung aus dem Jahre 1914<sup>(1)</sup> auf die strukturellen Verschiedenheiten der beiden Arten hinwies und dadurch dem Dauerschuldverhältnis eine steigende Beachtung in Schrifttum, Rechtsprechung und Gesetzgebung sicherte.

Als Dauerschuldverhältnisse sah v o n G i e r k e jene Schuldverhältnisse an, bei denen die Bewirkung der vom Schuldner zu erbringenden Leistung nur während eines mehr oder minder langen Zeitraumes erfolgen kann<sup>(2)</sup>. In Anlehnung an diese Begriffsbestimmung bezeichnet die heutige Rechtswissenschaft solche Schuldverhältnisse als dauernde, bei denen der Schuldner entweder zu einem fortwährenden Verhalten oder zu einem zwar vorübergehenden und in sich abgeschlossenen, aber wiederkehrenden Verhalten verpflichtet ist<sup>(3)</sup>.

Zu den Dauerschuldverhältnissen werden daher heute insbesondere die Pacht, Miete, Leihe, Verwahrung und Gesellschaft, das Darlehen, aber auch Dienst- und Bezugsverträge gerechnet. Die Einzelheiten sind jedoch immer noch heftig umstritten, insbesondere soweit es die auf wiederkehrende Leistungen gerichteten Schuldverhältnisse angeht. Sie sollen daher im folgenden Paragraphen an Hand der herrschenden Lehre und Rechtsprechung eingehender untersucht werden.

---

(1) In Jh. Jahrb. 64 S. 355 ff.

(2) aaO S. 357, 359.

(3) H. M.; vgl. z. B. L a r e n z I. S. 22,  
R G R K Vorb. 13 vor § 241.

## II. Einzelheiten

### 1. Abschnitt:

#### § 6 Begriff und Wesen der Dauerschuldverhältnisse

##### 1. Das Schuldverhältnis als Ganzes

Um die Dauerschuldverhältnisse näher definieren zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Erläuterung des Begriffs "Schuldverhältnis", wobei allerdings die Unterschiede von Schuldrecht einerseits und Sachen-, Familien-, Erb- und öffentlichem Recht andererseits als bekannt vorausgesetzt werden können.

Die Notwendigkeit, sich hier mit dem Begriff des Schuldverhältnisses zu beschäftigen, ergibt sich daraus, daß das BGB darunter zweierlei versteht.

Einmal wird diese Bezeichnung dazu verwendet, um bestimmte Einzelsprüche und Verbindlichkeiten des Schuldrechts zu umschreiben. Dies ist beispielsweise in den §§ 243 Abs. 2, 265 S. 1, 362 Abs. 1, 364 Abs. 1 und 397 Abs. 1 der Fall. Wenn dort von Beschränkung oder Erlöschen des "Schuldverhältnisses" die Rede ist, so sind damit jeweils einzelne Pflichten und Rechte gemeint, die eine bestimmte Person gegenüber einer anderen hat<sup>(1)</sup>. In diesen Fällen bedeutet also der Begriff nichts anderes als die Verdeutschung des Lehnwortes "Obligation" im Sinne von Verbindlichkeit<sup>(2)</sup>.

Diese Einzelverbindlichkeiten ergeben sich zusammen mit anderen Rechten und Pflichten aus einem einheitlichen Tatbestand, nämlich aus den persönlichen Beziehungen der beteiligten Parteien zueinander. Die Gesamtheit dieser Beziehungen wird, soweit diese nicht auf sachen-, familien-, erb- oder öffentlich-rechtli-

---

(1) B l o m e y e r S. 14 f und BGHZ 10 S. 395  
(für den Fall des § 362 Abs. 2).

(2) Vgl. E s s e r § 25 S. 77.

chen Rechtsverhältnissen beruhen, vom BGB ebenfalls als Schuldverhältnis bezeichnet, so z. B. in den §§ 273 Abs. 1, 292 Abs. 1 und 425 Abs. 1. Sie ist auch gemeint, wenn das BGB im 2. Abschnitt des 2. Buches von "einzelnen Schuldverhältnissen" spricht. Der gesamtheitliche Charakter dieses einheitlichen Tatbestandes wurde vor allem von S i b e r hervorgehoben. Er bezeichnete ihn als "Organismus", der die "Quelle" sei, der alle einzelnen Ansprüche, Einreden, Gestaltungsrechte usw. entsprängen<sup>(1)</sup>. Später sprach H e r h o l z vom "Schuldverhältnis als konstanter Rahmenbeziehung"<sup>(2)</sup>. Heute werden die Bezeichnungen "Grundverhältnis"<sup>(3)</sup>, "Schuldverhältnis im weiteren Sinne"<sup>(4)</sup>, "Inbegriff", "Sinn Ganzes" und "Gefüge"<sup>(5)</sup> gebraucht und E n n e c c e r u s - L e h m a n n vergleichen das Schuldverhältnis in diesem Sinne mit dem Eigentum und den aus ihm entspringenden Ansprüchen<sup>(6)</sup>. Im Rahmen dieser Untersuchung ist es letztlich nicht entscheidend, wie das Schuldverhältnis als Ganzes bezeichnet wird. Wichtig ist nur, sich zu vergegenwärtigen, daß Lehre und Rechtsprechung diesen gesamten Organismus meinen, wenn sie von vorübergehenden und dauernden Schuldverhältnissen sprechen.

## 2. Die Suche nach den Abgrenzungsmerkmalen

Gemeinsame, speziell für alle Dauerschuldverhältnisse geltende Wesensmerkmale, durch die sich diese von al-

---

(1) S i b e r : "Der Rechtszwang im Schuldverhältnis" S. 69 und 93; Planck - S i b e r Vorb. I 1 a und b vor § 241.

(2) In AcP 130 S. 257 ff.

(3) B l o m e y e r S. 15.

(4) F i k e n t s c h e r S. 23.

(5) L a r e n z I. S. 19 f.

(6) aaO § 1 III S. 2.

len anderen einfachen Schuldverhältnissen unterscheiden, lassen sich auf den ersten Blick kaum feststellen. So dauert z. B. die Herstellung eines Werkes oft länger als ein kurzfristiges Mietverhältnis und dennoch ist jeder Werkvertrag nach h. M. im Gegensatz zu den Mietverträgen nur ein einfaches, vorübergehendes Schuldverhältnis<sup>(1)</sup>.

Bei näherer Betrachtung fällt vielmehr auf, daß die einzelnen Arten der Dauerschuldverhältnisse, auf die später noch in einer kurzen Zusammenstellung eingegangen wird<sup>(2)</sup>, voneinander genau so verschieden sind wie die der einfachen Schuldverhältnisse. Manche von ihnen ähneln den einfachen Schuldverhältnissen so sehr, daß sie mit ihnen mehr gemein haben als mit den übrigen Dauerschuldverhältnissen. Zu denken ist hierbei insbesondere an die Bezugsverträge, wie z. B. den Bierlieferungsvertrag, die sich einerseits von den Ratenzahlungsverträgen kaum unterscheiden lassen, andererseits aber z. B. von den Miet- und Pachtverträgen deutlich abheben.

Außer den Bestimmungen, die im allgemeinen Teil des 2. Buches des BGB enthalten sind und die, soweit überhaupt möglich, für alle Schuldverhältnisse gleichermaßen gelten, lassen sich daher weitere, allen den Dauerschuldverhältnissen eigene Regeln, nur sehr schwer aufstellen. Trotzdem ist dies immer wieder versucht worden.

- a) So hat schon v o n G i e r k e die Auffassung vertreten, bei allen Dauerschuldverhältnissen entstehe ein "Stammrecht" oder ein "Gesamtanspruch", aus dem alle anderen Einzelansprüche fließen. Beispielsweise entsprängen bei einem Anspruch auf dauerndes Unterlassen im Falle der Zuwiderhandlung

---

(1) Vgl. z. B. B e i t z k e S. 35,  
R i k e n t s c h e r S. 30, E b h a r d t  
S. 14.

(2) Siehe unten § 7.

eine Reihe von Einzelansprüchen, die eines eigenen Rechtsschicksals fähig seien<sup>(1)</sup>.

Eine solche Vorstellung läßt sich aber auch für die einfachen Schuldverhältnisse entwickeln. Man denke nur an die Gewährleistungsansprüche beim Kaufvertrag, die ebenfalls als ein besonders gearteter Ausfluß des "Stammrechts" auf vertragsgemäße Lieferung angesehen werden könnten. Sie ist jedoch entbehrlich, denn letztlich verbirgt sich dahinter nichts anderes als das Rechtsverhältnis als Ganzes in dem oben auf S. 46 f genannten Sinn<sup>(2)</sup>.

- b) Ferner vertraten von Gierke<sup>(3)</sup>,  
Gschützler<sup>(4)</sup> und Oertmann<sup>(5)</sup>  
die Ansicht, den Dauerschuldverhältnissen sei gemeinsam, daß sie nicht mit der Erfüllung, sondern durch Zeitablauf oder Kündigung erlöschen würden. Dem hat jedoch schon Krückmann<sup>(6)</sup> entgegengehalten, daß es auch bei ihnen ein Erlöschen der geschuldeten Leistung durch Erfüllung geben müsse, zumal ja bei Nichterfüllung Schadensersatzansprüche gegeben seien. Man kann also nicht einfach sagen, daß bei den Dauerschuldverhältnissen an die Stelle der Erfüllung der Zeitablauf tritt<sup>(7)</sup>.
- c) Zur Rechtfertigung der Qualifikation der sogenannten Bezugsverträge als Dauerschuldverhältnisse

---

(1) Von Gierke S. 368 ff, S. 374 ff,  
ebenso auch Staudinger - Coing § 224 Anm. 3.

(2) Beitzke S. 20 und S. 53, vgl. auch  
Leonhard II. S. 300.

(3) aaO S. 363 ff.

(4) aaO S. 329.

(5) aaO Anm. 10 vor § 241 BGB.

(6) Jh. Jahrb. 66 S. 1 ff.

(7) Vgl. hierzu vor allem Beitzke aaO S. 19 f  
mit weiteren Hinweisen und Larenz I. S. 24.

wurden im Laufe der Zeit eine Reihe von anderen Kriterien herangezogen. So meinte v o n G i e r - k e , einem Vertrag, durch den ein Brauer und ein Wirt für bestimmte oder unbestimmte Zeit vereinbarten, daß jener diesem das erforderliche Bier liefern und dieser sein Bier nur von jenem beziehen darf, präge schon die beigemischte Unterlassungspflicht den Stempel eines Dauerschuldverhältnisses auf<sup>(1)</sup>. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß auch bei einfachen Schuldverhältnissen solche bis zur endgültigen Herbeiführung des Leistungserfolgs ununterbrochen andauernde Unterlassungspflichten möglich sind. So könnten beispielsweise die Parteien in einem Kaufvertrag vereinbaren, daß der Käufer nicht berechtigt ist, sich den noch im Eigentum eines Dritten befindlichen Kaufgegenstand von diesem direkt zu beschaffen. In einem solchen Fall käme wohl niemand auf den Gedanken, wegen einer derartigen Nebenabrede den gesamten Kaufvertrag als Dauerschuldverhältnis zu bezeichnen.

Deshalb scheiden vertragliche Nebenabreden oder gesetzliche Regelungen über eine dauernde Unterlassungspflicht als Abgrenzungsmerkmale aus.

Das gleiche gilt bezüglich der übrigen vertraglichen Nebenpflichten. Der Meinung von E s s e r , ein Bezugsvertrag sei ein Dauerschuldverhältnis, weil der Schuldner die einzelnen Warenkosten ständig zur bedarfsweisen Lieferung bereitzuhalten habe<sup>(2)</sup>, kann daher ebenfalls nicht zugestimmt werden. Folgte man dieser Auffassung, so würde nämlich z. B. auch die vertragliche Verpflichtung des Verkäufers, den einzigen Kaufgegenstand für den Käufer zur jederzeitigen Abholung bereitzuhalten, einen einfachen Kauf zu einem Dauerschuldverhältnis umgestalten.

---

(1) aaO S. 362.

(2) aaO S. 62.

- d) Schließlich lassen sich die Dauerschuldverhältnisse nicht einfach dadurch abgrenzen, daß man darauf abstellt, ob die Verpflichtung des Schuldners auf eine einmalige Leistung oder auf mehrfach wiederkehrende Leistungen gerichtet ist, obwohl auch dies zuweilen geschieht<sup>(1)</sup>. Auch die Gewährung des Mietgebrauchs ist nämlich eine einzige einmalige Leistung, die nicht in unzählige, auf die einzelnen Zeitpunkte des Mietzeitraumes entfallende und daher letztlich unendlich kleine Einzelleistungen aufgeteilt werden kann<sup>(2)</sup>.
- e) Das hervorstechende gemeinsame Wesensmerkmal der Dauerschuldverhältnisse scheint daher die Dauer selbst zu sein, obwohl sie auch diese mit einem Teil der einfachen Schuldverhältnisse, z. B. mit den Ratenlieferungsverträgen, teilen müssen.

Die Dauer schafft zwangsläufig zwischen den Parteien engere Beziehungen als das bei den gewöhnlichen, auf einen einmaligen vorübergehenden Leistungserfolg gerichteten Schuldverhältnissen normalerweise der Fall ist.

Die Anforderungen von Treu und Glauben gewinnen daher gerade bei den Dauerschuldverhältnissen erhöhte Bedeutung<sup>(3)</sup>. Die Parteien sind hier auf ein besonders vertrauensvolles Zusammenwirken angewiesen. Die sich daraus ergebende gegenseitige

- 
- (1) So sprechen z. B. L a r e n z I. S. 22, B l o m e y e r S. 42, S o e r g e l - S i e b e r t § 241 Anm. 10 und Palandt - D a n c k e l m a n n Anm. 5 vor § 241 von den auf einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnissen als Gegensatz zu den Dauerschuldverhältnissen.
- (2) Planck - S i b e r § 271 Anm. 1 a; vgl. auch v o n G i e r k e S. 365 für die Unterlassungspflichten.
- (3) B l o m e y e r S. 43.

Rücksichtnahme und Sorgfalt bei der Wahrnehmung der eigenen Interessen und der Ausführung einer etwaigen übernommenen Tätigkeit wird dabei umso größer sein müssen, je länger die zeitliche Bindung der Parteien andauern soll. Man könnte meinen, daß gerade hierin das besondere Wesensmerkmal der Dauerschuldverhältnisse verborgen liegt.

Allerdings ist nicht nur die vorgesehene Länge der Vertragsdauer, sondern vor allem auch die Intensität der gesetzlichen beziehungsweise vertraglichen Beziehungen für den Einfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben auf das jeweilige Dauerschuldverhältnis von Bedeutung. Je enger nämlich die Parteien durch ihre jeweiligen Verpflichtungen aneinander gebunden sind, desto größer ist ihre gegenseitige Abhängigkeit und desto höhere Anforderungen müssen dann wiederum an ihre eigenen Sorgfalts- und Treuepflichten gestellt werden. So werden diese beispielsweise bei einem zehnjährigen Bezugsvertrag viel geringer sein als bei einem Miet- oder gar Gesellschaftsverhältnis gleicher Dauer. Im Einzelfall können, wie L a r e n z es ausdrückt, die Pflichten aus § 242 so beherrschend im Mittelpunkt stehen, daß sie die eigentlichen Leistungspflichten an Bedeutung überragen, so daß sich das gesamte Rechtsverhältnis in seiner Grundstruktur einem sogenannten "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" annähert<sup>(1)</sup>.

Auf diesen Begriff wird später bei der Erörterung des Arbeitsvertrages noch ausführlich einzugehen sein, weil er gerade dort eine besondere Bedeutung erlangt hatte<sup>(2)</sup>. Hier genügt es zunächst, sich zu vergegenwärtigen, daß die sogenannten "personenrechtliche Bindung" der Parteien bei den einzelnen

---

(1) L a r e n z I. S. 25.

(2) Vgl. unten § 13 2 c und d.

Dauerschuldverhältnissen ganz verschieden ausgeprägt ist<sup>(1)</sup>. Bei einigen von ihnen, z. B. bei den Bezugsverträgen, wird man das Vorhandensein solcher "personenrechtlicher Elemente" überhaupt verneinen müssen<sup>(2)</sup>.

Da andererseits der § 242 auch bei einfachen Schuldverhältnissen gilt, und somit auch bei ihnen mannigfaltige Sorgfalts- und Treuepflichten möglich sind, kann es sich insoweit nur um einen graduellen und nicht etwa um einen wesensmäßigen Unterschied zwischen dauernden und gewöhnlichen Schuldverhältnissen handeln<sup>(3)</sup>.

---

(1) Beitzke S. 8 ff, Larenz aaO,  
vgl. auch Blomeyer S. 43.

(2) Vgl. Larenz I. S. 25 Anm. 1;  
a. A. Beitzke S. 10.

(3) Beitzke S. 10.

### 3. Die Definition des Dauerschuldverhältnisses

- a) Die Suche nach den Wesensmerkmalen des Dauerschuldverhältnisses kann - das haben die obigen Beispiele wohl deutlich gemacht - wegen der Vielfalt der rechtlichen und wirtschaftlichen Erscheinungsformen der Schuldverhältnisse am ehesten dann erfolgreich sein, wenn sie vom Begriff der Dauer, d. h. dem Moment der Zeit, ausgeht. Hierauf weist vor allem **B e i t z k e** hin, wenn er sagt, das Dauerschuldverhältnis sei gegenüber dem einfachen Schuldverhältnis um eine Dimension, nämlich die zeitliche, reicher<sup>(1)</sup>.

Nun liegt es nahe, das Merkmal der zeitlichen Dauer auf irgendeine Weise mit dem Begriff der schuldnerischen Leistung zu verbinden und so zu einer Abgrenzung der dauernden von den einfachen Schuldverhältnissen zu gelangen. Gerade die in § 241 enthaltene Berechtigung des Gläubigers, vom Schuldner eine Leistung zu fordern, ist nämlich schon häufig zur Definition des Schuldverhältnisses selbst<sup>(2)</sup> und zur Einteilung seiner verschiedenen Arten herangezogen worden<sup>(3)</sup>, obwohl sie in Wirklichkeit nur eine Folge des Schuldverhältnisses ist<sup>(4)</sup>.

Aber es genügt nicht, als Dauerschuldverhältnisse all jene Schuldverhältnisse anzusehen, die sich nicht in einem bestimmten Zeitpunkt abwickeln, sondern sich über einen mehr oder minder langen Zeitraum erstrecken. Wollte man dies tun, so wären fast

---

(1) aaO S. 20, ebenso **E s s e r** S. 62.

(2) Vgl. wohl zuletzt **F i k e n t s c h e r** S. 23.

(3) Man denke nur an die klassische Einteilung der Schuldverhältnisse in solche, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind. Dort ergibt sich die Abgrenzung aus der Verhaltensweise, welche die Leistung zum Inhalt hat.

(4) Planck - **S i b e r** Anm. I 1 a vor § 241.

alle Schuldverhältnisse dauernde, denn beinahe in jedem Fall braucht der Schuldner eine gewisse Zeitspanne, um seine Leistung an den Gläubiger bewirken zu können. Wenn aber z. B. ein Kunde eine bestimmte Ware kauft, die der Verkäufer momentan nicht zur Hand hat oder erst anfertigen oder anschaffen muß, so kommt niemand auf den Gedanken, ein Dauerschuldverhältnis anzunehmen. Die Abgrenzung darf sich also nicht daran orientieren, wie lange ein Schuldner braucht, bis er schließlich erfüllen kann. Im Anschluß an S i b e r wird man deshalb in derartigen Fällen auch nicht von einer dauernden Leistung, sondern von einem zeitraubenden Leistungsverhalten sprechen<sup>(1)</sup>, das für die Qualifikation eines Schuldverhältnisses als dauerndes ohne Bedeutung ist<sup>(2)</sup>.

- b) Neben dem Moment der Zeit bedarf es mithin noch eines weiteren Abgrenzungsmerkmals. Wenn allerdings das Leistungsverhalten, das alle zur Herbeiführung des Leistungserfolgs erforderlichen Handlungen und Unterlassungen des Schuldners umfaßt, zur Abgrenzung ungeeignet ist, so bleibt als zweites kennzeichnendes Merkmal wohl nur der Leistungserfolg selbst übrig. Deshalb meint E b h a r d t <sup>(3)</sup>, ein Dauerschuldverhältnis sei dann gegeben, wenn das Schuldverhältnis eine Leistung zum Gegenstand habe, deren Erfolg während eines Zeitraums eintritt. Dasselbe will wohl auch F i k e n t s c h e r <sup>(4)</sup> ausdrücken, wenn er sagt, bei Dauerschuldverhält-

---

(1) Planck - S i b e r § 271 Anm. 1 b.

(2) Vgl. E b h a r d t S. 9.

(3) aaO S. 10.

(4) aaO S. 30.

nissen sei eine dauernde Leistung geschuldet<sup>(1)</sup>.

Hinsichtlich jener Schuldverhältnisse, bei denen der herbeizuführende Leistungserfolg in gleichmäßigem ununterbrochenem Fortschreiten eintritt, die also wie z. B. die Miete oder Pacht eine im eigentlichen Sinne des Wortes andauernde Leistung zum Gegenstand haben, erscheint E b h a r d t s Definition durchaus klar und einleuchtend. Sie und die ihr ähnlichen Begriffsbestimmungen scheitern jedoch häufig in den Fällen, in denen der Inhalt des Schuldverhältnisses nicht solche Dauerleistungen, sondern mehrere vorübergehende und in sich abgeschlossene, aber immer wiederkehrende Leistungen sind, wie bei den Bezugsverträgen, z. B. beim Bierlieferungsvertrag. Der jeweilige Erfolg der einzelnen Leistungen tritt

- 
- (1) Im übrigen finden sich im Schrifttum u. a. folgende Begriffsbestimmungen:

E s s e r (S. 61) definiert als Dauerschuldverhältnisse jene einheitlichen befristeten oder unbefristeten Vertragsverhältnisse, für die zeitlich notwendige Leistungspflichten charakteristisch seien, die also eine Dauerleistung mit einer für die Vertragszeit ständigen Pflichtanspannung zum Gegenstand hätten.

B l o m e y e r (S. 42) ist der Ansicht, daß den Kern der Dauerschuldverhältnisse solche Verpflichtungen bilden, die eine Leistung auf Zeit beinhalten.

L a r e n z (Band I S. 22) hält Dauerschuldverhältnisse für solche, deren Abwicklung sich nicht in einmaligen Leistungen erschöpfen, sondern einen mehr oder minder langen Zeitraum ausfüllen, da sie entweder dauerndes Verhalten oder in bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben.

R e i m e r S c h m i d t (bei Soergel-Siebert § 241 Anm. 10) meint, ein Dauerschuldverhältnis liege vor, wenn sich der Inhalt des Schuldverhältnisses nicht in einem einmaligen Leistungssollen erschöpfe, sondern sich auf die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen oder auf die Herstellung und die Aufrechterhaltung eines Zustands von bestimmter oder unbestimmter Dauer richte.

Auf die von v o n G i e r k e und vom R G R K aufgestellten Begriffsbestimmungen wurde schon oben auf S. 45 hingewiesen.

in diesen Fällen nämlich immer in einem bestimmten Zeitpunkt ein, und zwar im Zeitpunkt jeder Einzellieferung. Dennoch sind sich Rechtsprechung und Lehre heute darin absolut einig, daß beispielsweise gerade der Bierlieferungsvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist<sup>(1)</sup>.

Der Unterschied zwischen diesen auf wiederkehrende Leistungen gerichteten Bezugs- oder Bedarfslieferungsverträgen und den auf fortwährend andauernde Leistungen gerichteten Schuldverhältnissen besteht im wesentlichen darin, daß bei den ersteren der Leistungserfolg in bestimmten oder unbestimmten Perioden sprunghaft ansteigt, während er bei den letzteren stetig wächst. Beide sind aber Dauerschuldverhältnisse, weil der Leistungserfolg mit fortschreitender Zeit immer größer wird, während er bei den einfachen Schuldverhältnissen regelmässig in einem einzigen Zeitpunkt eintritt<sup>(2)</sup>. Beiden ist also gemeinsam, daß der Gesamtumfang des Leistungserfolgs von der Länge der vorgesehenen Vertragszeit abhängt<sup>(3)</sup>.

Diese Abhängigkeit besteht jedoch nur, wenn ein notwendiger Zusammenhang zwischen der Vertragsdauer und dem Gesamtumfang des Leistungserfolgs vorliegt.

---

(1) Vgl. z. B. von Gierke S. 362, Soergel - Siebert § 241 Anm. 10, Staudinger - Ostler § 433 Anm. 73 f, Künstler S. 13, Larenz I. S. 23, Fikentscher S. 30 und RGZ 63 S. 297. Vgl. auch die gesetzliche Regelung des Bierlieferungsvertrags in Bayern, die auf Grund des Art 18 EGBGB in den Art 13 und 14 AGBGB erfolgt ist.

(2) Eine Ausnahme bilden bei den einfachen Schuldverhältnissen insoweit allerdings die Ratenlieferungsverträge, über die sogleich noch zu sprechen ist.

(3) Larenz I. S. 23.

Ein gewillkürter Zusammenhang reicht dagegen nicht aus, um ein Dauerschuldverhältnis anzunehmen. Letzterer ist vor allem bei den Raten- oder Teillieferungsverträgen gegeben, bei denen dem Schuldner auf Grund einer besonderen Vereinbarung gestattet wird, eine von vornherein bestimmte Gesamtmenge in mehreren Teilleistungen zu erbringen, also beispielsweise den Kaufpreis in mehreren Raten abzahlten. Bei derartigen Verträgen hat das Moment der Zeit nämlich keinen direkten Einfluß auf Inhalt und Umfang des Leistungserfolgs, sondern nur auf die Art und Weise der Leistungserbringung<sup>(1)</sup>. Da der Gesamtumfang des Leistungserfolgs hier bereits bei Vertragsschluß bestimmt ist, sind diese Verträge nur als einfache Schuldverhältnisse anzusehen<sup>(2)</sup>.

Ihnen gegenüber stehen die bereits genannten Bedarfsdeckungs- oder Bezugsverträge, die allgemein als Dauerschuldverhältnisse qualifiziert werden<sup>(3)</sup>. Zwar erfolgt auch bei ihnen die Herbeiführung des Gesamterfolgs in "Raten", aber nicht zur Abtragung einer bei Vertragsschluß bereits festgelegten Totalschuld, sondern zur jeweiligen Bedarfsdeckung als dem vertraglich geschützten Interesse<sup>(4)</sup>.

---

(1) L a r e n z I. S. 23, E s s e r S. 62.

(2) L a r e n z aaO, F i k e n t s c h e r S. 30, E s s e r S. 62, B l o m e y e r S. 42 und 45, vgl. ferner v o n G i e r k e S. 358.

(3) V o n G i e r k e S. 361 f, B e i t z k e S. 46, L a r e n z I. S. 22 ff, F i k e n t s c h e r S. 30, E s s e r S. 62 f, R G R K Anm. 13 vor § 241, S o e r g e l - S i e b e r t § 241 Anm. 10 und H u e c k , Der Sukzessivlieferungsvertrag S. 23 ff. G a n s a u g e aaO will dagegen die Bezugsverträge nur analog den Dauerschuldverhältnissen behandelt wissen.

(4) E s s e r S. 63.

Diese Dauerlieferungsverträge unterscheiden sich daher von den Raten- oder Teillieferungsverträgen dadurch, daß der Gesamtumfang des Leistungserfolgs nicht schon bei Vertragsschluß, sondern erst durch die Zeitdauer des Vertrags selbst bestimmt wird<sup>(1)</sup>.

Beide Vertragsarten werden zuweilen als Sukzessivlieferungsverträge<sup>(2)</sup> oder als Sukzessivlieferungsverträge im weiteren Sinne<sup>(3)</sup> bezeichnet. Besser wäre es jedoch, diesen Ausdruck nur für die der Bedarfsdeckung dienenden Verträge zu verwenden<sup>(4)</sup>.

Zusammenfassend könnte man das Dauerschuldverhältnis also definieren als ein:

Schuldverhältnis, das mindestens eine Leistung zum Gegenstand hat, bei der der Gesamtumfang des Erfolgs durch eine Zeitdauer bestimmt wird.

Von dieser im wesentlichen an den in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen orientierten Begriffsbestimmung werden sowohl die Schuldverhältnisse erfaßt, die einen ständig andauernden Leistungserfolg zum Gegenstand haben, als auch jene, die auf wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, soweit deren Gesamtumfang nicht von vornherein festgelegt ist.

Bei den erstgenannten kommt es dann nicht darauf an, wie lange im konkreten Einzelfall das Schuldverhältnis andauern soll. Ausschlaggebend ist bei ihnen

---

(1) Vgl. L a r e n z I. S. 23, E s s e r S. 62 f, F i k e n t s c h e r S. 30.

(2) so z. B. B e i t z k e S. 46, B l o m e y e r S. 42/45.

(3) G s c h n i t z e r S. 364.

(4) So auch E s s e r S. 63, F i k e n t s c h e r S. 30.

nur, daß der Leistungserfolg naturgemäß nicht in einem Zeitpunkt, sondern in einem Zeitraum erbracht werden kann. Da also z. B. zur Gewährung des Sachgebrauchs grundsätzlich ein Zeitraum erforderlich ist, sind auch verhältnismäßig kurze Mietverträge, wie etwa die Vermietung eines Fensterplatzes für einen Festzug, als Dauerschuldverhältnisse anzusehen<sup>(1)</sup>.

Unter die zweite Gruppe fallen auch die sogenannten Wiederkehrschuldverhältnisse, wenn man diese als einheitliche Verträge ansieht<sup>(2)</sup>.

---

(1) V o n   G i e r k e   S. 394/395,   E b h a r d t  
S. 13.

(2) Unter dem Begriff "Wiederkehrschuldverhältnis" werden häufig jene Vereinbarungen zusammengefaßt, die einen laufenden Bezug von Gas, Elektrizität und Wasser zum Gegenstand haben. Die Rechtsnatur derartiger Vereinbarungen ist nach wie vor heftig umstritten. Den Anlaß zu diesem Meinungsstreit bildet § 17 KO. J a e g e r (aaO Anm. 18 b zu § 17), L e h m a n n (bei Enneccerus-Lehmann S. 407), F i k e n t s c h e r (S. 31), das Reichsgericht (in RGZ 148 S. 326 ff) und andere nehmen an, bei jeder einzelnen Bezugshandlung werde auf Grund eines "Rahmenvertrags" ein neuer Einzelvertrag über die jeweils entnommene Strom-, Gas- beziehungsweise Wassermenge geschlossen. Diese Auffassung ermöglicht dem Konkursverwalter den Fortbezug, ohne daß er die früheren Lieferungen aus der Masse bezahlen muß. Sie widerspricht aber letztlich dem oben auf S. 46 f dargelegten Begriff des Schuldverhältnisses im Sinne eines Organismus. In Wirklichkeit ist nämlich jede Einzelabnahme nur ein Ausfluß des zugrundeliegenden gesamtheitlichen Vertrags, den die Parteien bereits vor der ersten Lieferung geschlossen haben. Der Rahmenvertrag, der hier konstruiert wird, ist also nichts anderes, als das Schuldverhältnis als ganzes. Mit Recht lehnen daher insbesondere L a r e n z (I. S. 24 Anm. 2), B l o m e y e r (S. 45 f), E s s e r (S. 64), H e r s c h e l (JW 36 S. 633) und Staudinger - W e r n e r (Anm. 73 zu § 433) diese Auffassung ab und nehmen ein einheitliches Schuldverhältnis an (vgl. hierzu auch S o e r g e l - S i e b e r t § 241 Anm. 10 mit weiteren Hinweisen). Die beiden erstgenannten weisen ferner darauf hin, daß sich am praktischen Ergebnis ohnehin nichts ändert, weil der Konkursverwalter die Vertragserfüllung ablehnen und einen neuen Vertragsabschluß verlangen kann, zu dem das →

Außerdem ist in der obigen Definition berücksichtigt, daß Dauerschuldverhältnisse einheitliche Organismen sind, weil sie als Voraussetzung eine einzige Leistung in dem dort genannten Sinn genügen läßt.

Wollte man dies nicht tun, so würden viele Schuldverhältnisse in zwei Teile aufgespalten. So wäre beispielsweise ein Mietvertrag, bei dem der gesamte Mietzins auf einmal bezahlt würde, aus der Sicht des Mieters ein einfaches, aus der des Vermieters jedoch ein dauerndes Schuldverhältnis. Dieses Ergebnis widerspräche den oben unter 1. ausgeführten Darlegungen. Insbesondere die gegenseitigen Verträge werden daher in ihrer Gesamtheit auch schon dann als Dauerschuldverhältnisse anzusehen sein, wenn nur eine der beiden synallagmatisch abhängigen Leistungen so gestaltet ist, daß der Gesamtumfang ihres Erfolgs erst durch die Vertragsdauer bestimmt wird.

#### 4. Die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses

Aus dem Wesensmerkmal der Dauer ergibt sich für die Beendigung der Dauerschuldverhältnisse eine wichtige Besonderheit, auf die in diesem Zusammenhang noch kurz eingegangen werden soll.

- 
- ← jeweilige Werk auf Grund des durch seine Monopolstellung entstehenden Kontrahierungszwangs verpflichtet ist (vgl. BGH MDR 61 S. 140). Mit der Frage der Abgrenzung von einfachen und dauernden Schuldverhältnissen hat dieser Meinungsstreit direkt jedoch nichts zu tun. Die Abgrenzung selbst bereitet nämlich keinerlei Schwierigkeiten mehr, sobald das Problem des Inhalts derartiger Vereinbarungen in dem einen oder anderen Sinn gelöst ist. Folgt man der ersten Meinung, so handelt es sich um eine Vielzahl von aneinandergereihten einfachen Schuldverhältnissen, folgt man der zweiten Auffassung, so liegt eine Unterart des Bezugsvertrags, d. h. ein einziges Dauerschuldverhältnis vor.

Es wurde schon oben ausgeführt, daß derartige Schuldverhältnisse im Vergleich zu den anderen um die zeitliche Dimension reicher sind. In dieser Dimension bedürfen sie daher einer Begrenzung, die für die einfachen Schuldverhältnisse nicht erforderlich ist. Entweder muß also ein Dauerschuldverhältnis von vornherein nur für eine bestimmte gesetzlich oder vertraglich vorgesehene Zeit geschlossen werden oder es muß auf eine andere Art und Weise rein zeitlich beendet werden können. Diese Funktion erfüllt die ordentliche Kündigung<sup>(1)</sup>. Hierauf hat vor allem B e i t z k e hingewiesen. Er hat deshalb mit Recht die ordentliche Kündigung als ein selbständiges, nur bei Dauerschuldverhältnissen mögliches Rechtsinstitut bezeichnet, das nicht etwa nur den Platz einnimmt, den Rücktritt und Anfechtung bei den einfachen Schuldverhältnissen innehaben<sup>(2)</sup>.

Neben der ordentlichen Kündigung, die der normalen Beendigung aller für unbestimmte Zeit begründeten Dauerschuldverhältnissen dient, sieht das Gesetz bei einer Reihe von Dauerschuldverhältnissen auch noch eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde vor<sup>(3)</sup>. Der Grundgedanke dieser Regelungen beruht letztlich auf Treu und Glauben. Wenn nämlich bei dauernden Schuldverhältnissen ein fortwährendes Zusammenwirken, ein gutes Einvernehmen und ein besonderes gegenseitiges Vertrauen erforderlich sind, so muß, wenn diese durch das Verhalten des einen Teils zerstört werden, der andere die Möglichkeit haben, die weitere Fortsetzung

---

(1) Daneben haben natürlich die beiden Vertragspartner auch jederzeit die Möglichkeit, den Vertrag im gegenseitigen Einvernehmen für beendet zu erklären.

(2) aaO S. 20.

(3) Vgl. §§ 542, 544, 553, 554, 626, 723 BGB; §§ 18, 45 VerlG; §§ 24, 39, 70, 96, 113, 158 VVG; § 89 a HGB.

des Vertrags abzulehnen. Rechtsprechung<sup>(1)</sup> und Lehre<sup>(2)</sup> haben deshalb diesen Rechtsgedanken im Laufe der Zeit auch auf alle anderen Dauerschuldverhältnisse ausgedehnt, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Parteien erfordern, und damit ein allgemeines Recht der Beteiligten zur fristlosen Kündigung anerkannt. Dies gilt immer dann, "wenn die Durchführung des Vertrags erheblich gefährdet und daher dem Kündigenden nicht mehr zuzumuten ist"<sup>(3)</sup>. Ein zwingender, d. h. ein schlechthin zulässiger, Kündigungsgrund ist nach Meinung von M o l i t o r gegeben, wenn die Leistungen eines Teils dauernd unmöglich geworden sind<sup>(4)</sup>.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, daß durch Wirksamwerden einer Kündigung oder durch Zeitablauf nur das weitere Anwachsen der Leistungspflicht verhindert wird, so daß das Dauerschuldverhältnis nur als solches endet. Es kann aber auch danach noch als ein einfaches fortbestehen. So bleibt beispielsweise der Mieter auch nach Ablauf der Mietzeit verpflichtet, rückständige Mietzinsen zu zahlen. Außerdem entstehen eine Reihe von Pflichten gerade erst dann, wenn das Schuldverhältnis als dauerndes endet; man denke nur an die Rückgabepflicht des Mieters oder Entleihers. Erst wenn alle diese aus dem Schuldverhältnis resultierenden Einzelansprüche und Abwicklungspflichten erfüllt sind, erlischt es endgültig in seiner Gesamtheit<sup>(5)</sup>.

---

(1) Vgl. die ständige Rechtsprechung des RG und des BGH, z. B. RGZ 78 S. 389, 128 S. 16, 150 S. 199; BGH MDR 51 S. 510; NJW 60 S. 1614 (Bierlieferungsvertrag).

(2) M o l i t o r S. 263 ff, L a r e n z I. S. 25, G s c h n i t z e r S. 72, O e r t m a n n Anm. 10 cß vor § 241, B e i t z k e S. 21, B l o m e y e r S. 43, S t a u d i n g e r - O s t l e r Anm. 11 vor § 433, S o e r g e l - S i e b e r t § 242 Anm. 264.

(3) BGH MDR 51 S. 510 für den Fall eines Kaliabbauvertrags.

(4) aaO S. 266.

(5) L a r e n z I. S. 24, B l o m e y e r S. 43 und S. 219.

## 2. Abschnitt:

### § 7 Einzelne Dauerschuldverhältnisse

Aus dem heutigen Wirtschafts- und Rechtsleben sind die Dauerschuldverhältnisse nicht mehr hinwegzudenken. Im Gegenteil, sie haben längst begonnen, die einfachen Schuldverhältnisse an Bedeutung zu übertreffen. Immer enger werdende industrielle Verflechtungen und eine stetig wachsende Abhängigkeit des Einzelnen von seiner Umwelt führen beinahe zwangsläufig dazu, daß die Zahl der auf längere Dauer angelegten gesetzlichen oder vertraglichen Beziehungen ständig wächst. Da überdies insoweit der Handlungs- und Vertragsfreiheit fast keine Grenzen gesetzt sind, erscheint es unmöglich, an dieser Stelle alle einzelnen Arten zu erfassen und aufzuzählen. Vielmehr soll es für das weitere genügen, die wichtigsten Fälle zu nennen. Die gesetzlichen Dauerschuldverhältnisse, wie etwa der Rentenanspruch gemäß § 843, können dabei von vornherein außer Betracht bleiben, weil sie im Hinblick auf das gestellte Thema ohne Bedeutung sind.

- a) Von der klassischen Einteilung der Schuldverhältnisse ausgehend trifft man zunächst auf jene, die auf ein U n t e r l a s s e n gerichtet sind. Fast alle von ihnen sind Dauerschuldverhältnisse, denn mit wenigen Ausnahmen<sup>(1)</sup>, zu denen beispielsweise die Verpflichtung zur Stimmhaltung bei einer bestimmten Abstimmung gehört, haben sie eine Leistung zum Gegenstand, die dauernd erfüllt werden muß und deren Erfolg daher ständig wächst, wenn dies auch nach außen hin nicht sichtbar wird<sup>(2)</sup>.

---

(1) Vgl. hierzu L e h m a n n S. 59 ff.

(2) V o n G i e r k e S. 359.

Als Beispiel für die zahlreichen dauernden Unterlassungspflichten seien hier nur die Konkurrenz-Klauseln (vgl. § 74 HGB) genannt.

- b) Eine mindestens gleich hohe Bedeutung kommt jenen Verträgen zu, die eine Verpflichtung zu einem sonstigen dauernden Verhalten begründen. Hierzu gehören vor allem die Miete und die Pacht. Wie schon erwähnt, besteht die Dauerleistung des Vermieters in der ständigen Gewährung des Gebrauchs der Mietsache (§ 535 S. 1). Beim Verpächter kommt noch die Überlassung des Fruchtgenusses während der Vertragsdauer hinzu (§ 581 Abs. 1 S. 1). Auf seiten des Mieters und des Pächters besteht darüber hinaus ebenfalls eine Dauerverpflichtung, nämlich die Unterlassungspflicht des § 550.

Ähnlich ist es bei der Leihe (vgl. §§ 598, 603). Beim Darlehen tritt an die Stelle der Überlassung des Sachgebrauchs die Gewährung eines Sach- oder Wertquantums für eine bestimmte Vertragsdauer, so daß auch dieses als Dauerschuldverhältnis angesehen werden kann<sup>(1)</sup>.

Der Dienstvertrag des selbständig Tätigen ist ebenfalls ein Dauerschuldverhältnis. Über die Einzelheiten wird im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis noch ausführlich zu sprechen sein<sup>(2)</sup>.

Dagegen fällt der Werkvertrag nicht unter diese Kategorie, weil zu seiner Erfüllung zwar eine zeitraubende Leistung nötig ist, der gesamte Leistungserfolg selbst jedoch in einem einzigen Zeitpunkt eintritt, nämlich dann, wenn das Werk endgültig fer-

---

(1) V o n   G i e r k e   S. 360 und 399,  
·   B e i t z k e   S. 50 f.

(2) Vgl. unten § 13 unter 2 f.

tiggestellt ist<sup>(1)</sup> (2).

Beim Auftrag kommt es darauf an, ob eine Dienst- oder eine Werkleistung versprochen ist<sup>(3)</sup>.

Ähnlich ist es bei der Bürgschaft. Die Verpflichtung des Bürgen hängt nämlich ihrem Inhalt nach von der Hauptschuld ab. Die Bürgschaft kann daher nur dann ein Dauerschuldverhältnis sein, wenn auch die Hauptschuld ein solches ist<sup>(4)</sup>.

Ein echtes Dauerschuldverhältnis ist ferner der Verwahrungsvertrag, weil bei ihm der Verwahrer zur ununterbrochenen Aufbewahrung der ihm vom Hinterleger übergebenen Sache verpflichtet ist.

Das gleiche gilt für die Gesellschaft des BGB und ihre handelsrechtlichen Abarten. Die Dauerleistung besteht hier insbesondere in der Förderung des gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft während ihres Bestands<sup>(5)</sup>.

Neben dem Maklervertrag sind schließlich vor allem auch noch die Verlags-, Versicherungs- und Lizenz-

---

(1) Vgl. oben S. 48, insbesondere Anm. 1; teilweise a. A. anscheinend nur von Gierke S. 396 und Gsch n i t z e r S. 352.

(2) Vgl. hierzu auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 9, der darauf hinweist, daß bei den sogenannten unabhängigen Dienstverträgen in Wahrheit meist ein Erfolg geschuldet ist, so daß es sich bei diesen häufig ebenfalls um Werkverträge handelt.

(3) B e i t z k e S. 38 f., G s c h n i t z e r S. 352 und E b h a r d t S. 12; a. A. G a n s a u g e aaO S. 79.

(4) O e r t m a n n Anm. 10 vor § 241, G s c h n i t z e r S. 366, B e i t z k e S. 52; a. A. v o n G i e r k e S. 401 und G a n s a u g e S. 76, die wegen der ständigen Leistungsbereitschaft des Bürgen in jedem Fall ein Dauerschuldverhältnis für gegeben halten.

(5) B e i t z k e S. 61 ff., v o n G i e r k e S. 399.

verträge zu den Dauerschuldverhältnissen zu rechnen<sup>(1)</sup>.

- c) Zu den Dauerschuldverhältnissen, die w i e d e r -  
k e h r e n d e L e i s t u n g e n zum Gegen-  
stand haben, gehören insbesondere die schon oben  
im § 6 unter 3 b) erwähnten Bezugs- und Bedarfs-  
lieferungsverträge, also die eigentlichen Sukzes-  
sivlieferungsverträge einschließlich der auf die  
Lieferung von Strom, Wasser oder Gas gerichteten  
sogenannten Wiederkehrschuldverhältnisse<sup>(2)</sup>. Diese  
dürfen jedoch nicht mit den von vornherein auf eine  
bestimmte Gesamtmenge gerichteten Raten- oder Teil-  
lieferungsverträgen verwechselt werden.  
Ferner fallen hierunter die Leibrentenverträge  
(§§ 759 ff).

Als wiederkehrende Leistungen sind jedoch nicht  
nur Sach- oder Geldleistungen, sondern auch andere  
Verhaltensarten möglich. Man denke nur daran, daß  
sich jemand verpflichtet, an jedem Monatsanfang  
eine bestimmte Handlung zu unterlassen oder zu dul-  
den, eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen  
oder einen Gegenstand zu vermieten.

Im letzteren Fall liegt dann eine Kombination zwi-  
schen einer dauernden und einer wiederkehrenden  
Leistung vor; denn die Gewährung des Gebrauchs der  
Mietsache ist jedes Mal eine kontinuierliche Dauer-  
leistung, die regelmäßig wiederkehrt.

Abschließend sei noch erwähnt, daß es bei einer  
wiederkehrenden Leistung nicht darauf ankommt,  
ob die Zeitabstände zwischen den einzelnen Teil-  
leistungen immer gleich sind oder nicht. So kann

---

(1) Vgl. hierzu B e i t z k e S. 39 f, S. 54 ff  
und v o n G i e r k e S. 401.

(2) Vgl. hierzu S. 60 Anm. 2.

z. B. eine Bedarfslieferung wie die Bierlieferung je nach Vereinbarung allmonatlich oder jeweils auf Abruf erfolgen. In beiden Fällen liegt ein Dauerschuldverhältnis vor.

## II. Kapitel

### Die Anwendbarkeit des § 324 BGB'

#### I. Grundsätzliches

Die Problematik der Anwendung des § 324 bei Dauerschuldverhältnissen ist bis heute allem Anschein nach in der gesamten Rechtswissenschaft noch nicht eingehend erörtert worden. Daß sich die Rechtsprechung mit dieser Frage nicht umfassend auseinandersetzt, ist leicht verständlich; denn ihre Aufgabe erschöpft sich darin, über die jeweils anhängigen konkreten Einzelfälle zu entscheiden. Merkwürdigerweise hat sich aber auch die Rechtslehre bislang nur am Rande mit den Problemen beschäftigt, die sich ergeben, wenn bei Dauerschuldverhältnissen Leistungsstörungen eintreten. Für die Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit konzentrierte sich das Interesse der Literatur in erster Linie auf deren Folgen für die zukünftige Fortführung der Dauerschuldverhältnisse<sup>(1)</sup> und auf die praktische Undurchführbarkeit und Unnötigkeit der rückwirkenden Beseitigung dauernder, bereits seit längerer Zeit bestehender Vertragsbeziehungen, wie sie z. B. in den §§ 323 Abs. 1, 325 Abs. 1 S. 1, 326 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 festgelegt ist<sup>(2)</sup>.

Im Rahmen des § 324 sind diese beiden Probleme zunächst jedoch bedeutungslos, weil er weder bestimmt, wie lange die Partner noch am Vertrag festhalten müssen, noch eine Wiederherstellung des status quo ante verlangt. Insoweit können sich daher aus der besonderen Struktur der Dauerschuldverhältnisse auch keine schwerwiegenden Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ergeben. Deshalb wird auch in Recht-

---

(1) Vgl. die oben in § 6 unter 4. zur Frage der Kündigung angegebenen Fundstellen.

(2) Vgl. z. B. F i k e n t s c h e r S. 192 f.

sprechung und Lehre die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 324 bei Dauerschuldverhältnissen allgemein bejaht, wenn dies auch zumeist mehr oder minder stillschweigend geschieht<sup>(1)</sup>.

Es kann also davon ausgegangen werden, daß der § 324, der ja dem allgemeinen Teil des Schuldrechts angehört und deshalb nach dem Willen des Gesetzgebers prinzipiell für alle gegenseitigen Verträge gelten soll, auch bei den gegenseitigen Dauerschuldverträgen anwendbar ist, soweit keine Spezialnormen entgegenstehen und die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Eine Ausnahme könnte sich höchstens bei jenen Dauerschuldverhältnissen ergeben, deren Grundstruktur entscheidend von den aus § 242 abgeleiteten Treue- und Sorgfaltspflichten beeinflusst wird<sup>(2)</sup>. Hierüber wird vor allem später im dritten Teil an Hand des Beispiels des Arbeitsvertrags noch ausführlich zu sprechen sein. An dieser Stelle sei nur erwähnt, daß dieses Problem praktisch immer nur von Fall zu Fall zu lösen sein wird. Wenn auch der Grundsatz von Treu und Glauben heute das gesamte Rechtsleben beherrscht, so kann seine Bedeutung dennoch nicht dazu führen, daß man die Anwendbarkeit des § 324 bei einem bestimmten Dauerschuldverhältnis generell verneint. Erst wenn im jeweiligen Einzelfall eine strikte Anwendung des § 324 zu Ergebnissen führen würde, die mit Treu und

---

(1) Vgl. z. B. L a r e n z I. S. 289 ff, der bei der Behandlung des § 324 des öfteren Beispiele aus dem Mietvertragsrecht bringt, ohne dabei die besondere Struktur des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis zu erwähnen. Ausdrücklich bejaht wird die grundsätzliche Anwendbarkeit vor allem bei v o n G i e r k e S. 392 Anm. 64, F i k e n t s c h e r S. 192 f, Planck - S i b e r § 324 Anm. 4.

(2) Vgl. oben § 6 unter 2 e).

Glauben schlechthin unvereinbar sind, und die daher nach der gesamten Sach- und Rechtslage als ungerecht erscheinen, wird eine von dieser Vorschrift abweichende Lösung gefunden werden müssen.

Zunächst soll jedoch in den folgenden Abschnitten versucht werden, einige besondere Einzelprobleme zu lösen, die bei der Anwendung des § 324 im Rahmen der Dauer-schuldverhältnisse auftauchen.

## II. Einzelheiten

### 1. Abschnitt: Die Voraussetzungen

#### § 8 Die gegenseitigen Dauerschuldverträge

Bereits oben in § 1 wurde eingehend erörtert, daß eine Anwendung des § 324 überhaupt nur in Frage kommt, wenn die Parteien einen schuldrechtlichen gegenseitigen Verpflichtungsvertrag abgeschlossen haben. Da es sich von selbst versteht, daß bei Dauerschuldverhältnissen die gleichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, kann im wesentlichen auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen werden.

- a) Es erscheint jedoch zweckmäßig, hier einen kurzen Überblick über die wichtigsten Arten der gegenseitigen Dauerschuldverträge zu geben.

Hierzu gehören zunächst einmal die Miet- und Pachtverträge, weil bei ihnen der Gewährung des Sachgebrauchs beziehungsweise der Überlassung des Fruchtgenusses als synallagmatisch abhängige Leistung der jeweilige Miet- und Pachtzins gegenübersteht.

Das gleiche gilt dann, wenn sich jemand gegen Entgelt zu einer dauernden Unterlassung verpflichtet. Beim Dienstvertrag der selbständig Tätigen besteht ein echtes Austauschverhältnis zwischen Dienstleistung und Vergütung.

Ähnlich ist es beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag und beim Maklervertrag.

Auch bei den Versicherungs-, Verlags- und Lizenzverträgen wird die eine Leistung regelmäßig um einer anderen willen gewährt.

Schließlich sind auch alle entgeltlichen Bezugs- und Bedarfslieferungsverträge zu den gegenseitigen Verträgen zu zählen.

Wegen der Besonderheiten bei der Gesellschaft kann

auf die Ausführungen auf S.10 Bezug genommen werden. Wenn man der wohl herrschenden Meinung folgt und sie zu den gegenseitigen Verträgen zählt, so ist aber zu beachten, daß bei ihr die einzelnen Leistungen der Gesellschafter nicht in einem echten Austauschverhältnis stehen, sondern sich zur Förderung des gemeinsamen Zwecks gleichsam ergänzen und, soweit es sich hierbei um Beiträge und Einlagen handelt, zu einem gemeinschaftlichen Sondervermögen vereinen. Dies schließt jedoch eine entsprechende Anwendbarkeit des § 324 nicht aus, weil auch hier eine Leistung um der anderen willen erbracht werden soll<sup>(1)</sup>. Wenn also beispielsweise ein Gesellschafter fahrlässig seinen Mitgesellschafter verletzt, so daß diesem die Förderung des Gesellschaftszwecks zeitweilig unmöglich wird, so wird er seinerseits gemäß § 324 Abs. 1 verpflichtet bleiben, den Gesellschaftszweck weiterhin zu fördern.

Dagegen sind Leihe, Darlehen, unentgeltliche Bezugsverträge und in der Regel auch die Bürgschaft nur einseitig verpflichtende Verträge, während der Auftrag und die unentgeltlichen Verwahrungsverträge zu den unvollkommen zweiseitigen Verträgen gehören<sup>(2)</sup>. Insoweit scheidet daher eine Anwendung des § 324 von vornherein aus.

- b) In diesem Zusammenhang sei nochmals kurz darauf hingewiesen, daß bei einigen der soeben genannten gegenseitigen Dauerschuldverhältnisse bestimmte Sondervorschriften vorhanden sind, die die Anwendung des § 324 im Einzelfall ausschalten können<sup>(3)</sup>.

---

(1) Vgl. K i s c h S. 3 f, Enneccerus - L e h -  
m a n n S. 732 und Staudinger - K a d u k  
Vorb. 2 und 11 vor § 320.

(2) Vgl. hierzu oben § 1 unter c).

(3) Vgl. hierzu schon oben § 1 d).

Zu denken ist hierbei, z. B. hinsichtlich des Mietvertrags, insbesondere an die §§ 537 und 552. Nach Abs. 1 der erstgenannten Bestimmung ist nämlich der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses für die Zeit befreit, während der die Mietsache mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt. Soweit ein solcher vorhandener Fehler die Tauglichkeit des Gebrauchs lediglich (erheblich<sup>(1)</sup>) mindert, braucht der Mieter während dieses Zeitraums nur einen nach den §§ 472, 473 zu bemessenen Teil des Mietzinses zu entrichten.

Nach absolut herrschender Meinung ist der § 537 jedoch nur eine Spezialnorm gegenüber § 323 und kommt daher nicht zur Anwendung, wenn ein solcher Fehler durch eine vom Mieter zu vertretende Handlung entstanden ist. Wenn also z. B. der Mieter selbst den die Tauglichkeit des Gebrauchs aufhebenden Mangel der Mietsache schuldhaft herbeiführt und damit die Gewährung des Mietgebrauchs zeitweise unmöglich macht, so ist die Rechtslage nach § 324 Abs. 1 zu beurteilen<sup>(2) (3)</sup>.

Der § 552 wird in der Literatur häufig ebenfalls als Ausnahmenvorschrift gegenüber § 323 angesehen<sup>(4)</sup>. Ihrem Wortlaut nach weist diese Bestimmung aber eine auffallende Ähnlichkeit zu § 324 Abs. 2 auf. Es be-

---

(1) Vgl. § 537 S. 2, der durch das Gesetz vom 14. 7. 64 eingefügt wurde.

(2) RGZ 151 S. 367, Planck - Siber § 537 Anm. 1, Oertmann § 537 Anm. 6 c, Staudinger - Kiefersauer § 537 Anm. 20, Roquette Anm. 13 vor § 537, Larenz II. S. 145, Diederichsen JZ 64 S. 24, vgl. auch Mittelstein S. 290 und Kiefersauer - Glaser § 537 Anm. 4.

(3) Zur zeitweisen, d. h. echten Teilunmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen vgl. unten § 9.

(4) Vgl. z. B. Soergel - Siebert § 552 Anm. 1, RGRK § 552 Anm. 1 und Palandt - Gramm § 552 Anm. 1.

steht daher die Möglichkeit, daß die dort geregelten Fälle, bei denen die Ausübung des Mietgebrauchs aus einem in der Person des Mieters liegenden Grund scheitert, in Wirklichkeit nicht unter die Unmöglichkeit, sondern unter den Annahmeverzug einzuordnen sind. Da es sich hierbei um ein besonderes Abgrenzungsproblem handelt, auf das später im Rahmen des § 324 Abs. 1 ohnehin allgemein einzugehen ist<sup>(1)</sup>, wird der § 552 dort eine gesonderte Behandlung erfahren<sup>(2)</sup>. Vorerst soll deshalb der Hinweis auf diese Bestimmung genügen.

Schließlich sei hier noch der § 615 erwähnt, dem im Arbeitsvertragsrecht eine besondere Bedeutung zukommt und dessen Spezialität gegenüber § 324 Abs. 2 deshalb im dritten Teil noch ausführlich zu erörtern sein wird<sup>(3)</sup>.

---

(1) Vgl. hierzu unten § 11, 1 a).

(2) Vgl. unten § 11, 2 b) cc).

(3) Vgl. hierzu unten § 14, 2.

§ 9 Das Unmöglichwerden von dauernden und wiederkehrenden Leistungen bei den gegenseitigen Dauerschuldverträgen

Bezüglich einer Reihe von Problemen kann hier wiederum auf die Ausführungen im ersten Teil verwiesen werden. Dort wurde im § 2 schon eingehend dargelegt, daß die Rechtsfolgen des § 324 nur eintreten können, wenn eine Leistung unmöglich wird, der eine synallagmatisch abhängige Gegenleistung gegenübersteht. Ferner wurde schon erörtert, auf welchen Gründen die Unmöglichkeit beruhen kann, wann sie eine nachfolgende ist, und daß es im Rahmen des § 324 nicht darauf ankommt, ob eine objektive oder nur subjektive, eine teilweise oder völlige Unmöglichkeit vorliegt. All diese Voraussetzungen müssen natürlich auch bei den Dauerschuldverträgen gegeben sein. Insoweit treten bei ihnen jedoch keine speziellen Sonderheiten auf, so daß sich weitere Erörterungen über diese Voraussetzungen erübrigen.

Problematisch ist hier nur die Frage, wann eigentlich eine kontinuierlich andauernde oder eine wiederkehrende Leistung endgültig unmöglich wird. Am besten wird dies an zwei Beispielen deutlich:

- (1) Angenommen, zwei Parteien haben für die Zeit vom 1. Januar 1966 bis zum 31. Mai 1966 einen Mietvertrag über einen Büroraum abgeschlossen. Der Raum wird aber aus irgendwelchen Gründen erst am 1. Februar bezugsfertig. Ist nun hinsichtlich des Mietgebrauchs in der Zeit vom 1. 1. bis 1. 2. lediglich eine Verzögerung eingetreten, die dadurch wettgemacht werden kann, daß der Mieter den Raum auch noch im Juni benutzt, oder liegt insoweit ein endgültiges Leistungshindernis vor?
- (2) Eine ähnliche Situation tritt dann ein, wenn beispielsweise bei einem Bierlieferungsvertrag die Brauerei, die sonst regelmäßig an jedem Monatsanfang den Gastwirt beliefert, während des Januars nicht liefern kann. Auch hier erhebt sich die Fra-

ge, ob mit der vertragsgemäß am 1. Februar wie-  
der angelieferten Ware für den kommenden Monat  
zugleich auch die Januarlieferung nachgeholt wer-  
den kann oder nicht.

Zu diesen Problemen haben Rechtsprechung und Lehre  
verschiedentlich schon Stellung genommen. So hat z. B.  
der Bundesgerichtshof vor einiger Zeit anlässlich eines  
Dienstvertrags entschieden: "Bei Dauerschuldverhältnis-  
sen fällt eine vorübergehende Unmöglichkeit nicht, wie  
es bei einfachen Schuldverhältnissen der Fall sein  
kann, unter den Begriff des Leistungsverzugs, sondern  
sie ist für ihre Dauer der dauernden Unmöglichkeit  
gleichzuachten<sup>(1)</sup>."

In einer neueren Entscheidung hat er andererseits bei  
einem Mietverhältnis die Auffassung vertreten, "eine  
zeitweilige Unmöglichkeit stehe nur dann einer dauern-  
den gleich, wenn das vorübergehende Leistungshindernis  
den Vertragszweck in Frage stelle, und wenn nach der  
Sachlage, wie sie sich beim Eintritt des Leistungs-  
hindernisses ergebe, ein Festhalten des Gegners am  
Vertrag unzumutbar sei"<sup>(2)</sup>.

Diese beiden sich zumindest dem ersten Anschein nach  
teilweise widersprechenden Urteile des Bundesgerichts-  
hofs bieten Anlaß genug für eine eingehende Untersu-  
chung des Eintritts der nachfolgenden Unmöglichkeit  
bei Dauerschuldverhältnissen.

#### 1. Die nachträgliche Unmöglichkeit der kontinuierlichen Leistungen

- a) Eine der wichtigsten Arten des fortwährenden Ver-  
haltens ist, wie schon erwähnt, d a s d a u -  
e r n d e U n t e r l a s s e n . Wenn nun ein  
Schuldner sich verpflichtet hat, eine bestimmte  
Handlung während eines längeren Zeitraums nicht

---

(1) BGHZ 10 S. 187 (189)

(2) BGH in NJW 63 S. 341 (345) = BGHZ 38 S. 298 ff.

vorzunehmen, und dann trotzdem dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, so kann kein Zweifel bestehen, daß im Augenblick der Zuwiderhandlung ein Leistungshindernis entsteht, das so lange dauert, bis der Schuldner die betreffende Handlung wieder unterläßt<sup>(1)</sup>. Die Frage ist nur, ob dieses Leistungshindernis endgültig ist oder nicht. Ist nämlich die Unterlassung nicht mehr nachholbar, so tritt während des Zeitraums, in dem der Schuldner gegen seine Leistungspflicht verstößt, eine echte teilweise Unmöglichkeit ein. Ist sie dagegen nachholbar, so handelt es sich nicht um ein endgültiges Leistungshindernis, sondern um eine bloße Verzögerung<sup>(2)</sup>. Die Nachholbarkeit der Unterlassung wird damit zum entscheidenden Unterscheidungsmerkmal zwischen Verzögerung einschließlich des Verzugs einerseits und teilweiser Unmöglichkeit andererseits.

Nun wird man einwenden, diese ganze Fragestellung sei überflüssig, weil es undenkbar sei, daß jemand, der sich über einen längeren Zeitraum zu einer Unterlassung verpflichtet habe und dieser Verpflichtung zeitweilig zuwiderhandle, nach Ablauf der Vertragszeit durch weiteres Unterlassen seine Verpflichtung nachträglich doch noch erfüllen könne.

- aa) Die Auffassung ist in aller Regel richtig. Normalerweise gehen nämlich die Parteien davon aus, daß die Unterlassung während eines genau bestimmten Zeitraums zu erfolgen hat. Der Anfangszeitpunkt dieses Zeitraums wird regelmäßig vertraglich genau festgelegt und auch das Ende der Unterlassungspflicht wird

---

(1) Vgl. L e h m a n n S. 243.

(2) Vgl. oben § 2, 2 b) bezüglich der einfachen Leistungen.

häufig von vornerein bestimmt sein. In einem solchen Fall beschränkt sich das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung hat, fast immer nur auf den vertraglich fixierten Zeitraum. Nach Ablauf desselben ist ihm das Verhalten des Schuldners mehr oder minder gleichgültig, so daß eine dann erst erfolgende Unterlassung den Vertragszweck nicht mehr erfüllen kann. Es ist also hier die gleiche Situation gegeben, wie sie für die einfachen Schuldverhältnisse schon oben auf S.17f erörtert wurde. Daraus folgt, daß dauernde Unterlassungen regelmäßig absolute Fixschulden sind<sup>(1)</sup>, so daß jede Zuwiderhandlung die Erfüllung so lange unmöglich macht, wie sie dauert<sup>(2)</sup>. Je nachdem, ob die Zuwiderhandlung während des ganzen Vertragszeitraums erfolgt oder nur während einer gewissen Zeitspanne, liegt eine völlige oder teilweise Unmöglichkeit vor<sup>(3)</sup>.

---

(1) Lehmann S. 188, Planck - Siber § 271 Anm. 3 a S.

(2) Lehmann S. 243.

(3) Darüber hinaus kann sich im Einzelfall eine zeitweilige Unterbrechung der Unterlassung so zerstörerisch auswirken, daß der gesamte Vertragszweck praktisch hinfällig wird. Zu denken ist hierbei insbesondere an die Wettbewerbsverbote im Handels- und Arbeitsrecht. Verpflichtet sich z. B. ein Handlungsgehilfe, nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ein Jahr lang nicht in räumlich nahe gelegenen Konkurrenzunternehmen des Arbeitgebers tätig zu sein, so soll eine solche Vereinbarung bezwecken, daß dieser branchenkundige Angestellte seine speziellen Kenntnisse nicht zum Nachteil des Arbeitgebers verwendet. Wenn nun der Handlungsgehilfe nach seinem Ausscheiden zunächst doch 3 Monate lang für die Konkurrenz tätig ist und dabei wichtige Geschäftsgeheimnisse preisgibt und alle ihm bekannten Kunden für seinen neuen Prinzipal gewinnt, so ist damit der Vertragszweck hinfällig geworden, so daß der erste Arbeitgeber kein Interesse mehr daran hat, ob sich der Angestellte während der noch verbleibenden 9 Monate des Jahres an das Wettbewerbsverbot hält oder nicht. In derartigen Fällen wird von der Rechtsprechung und Lehre häufig die Auffassung vertreten, daß auch



bb) Diese Regel gilt aber nicht ausnahmslos. Es sind nämlich auch Fälle denkbar, in denen es den Parteien weniger auf eine Unterlassung während eines bestimmten festgesetzten Zeitraums ankommt als darauf, daß eine Handlung überhaupt während einer gewissen Zeitspanne unterbleibt. So kann es beispielsweise sein, wenn ein Gelehrter mit einem benachbarten Schlosser vereinbart, daß dieser täglich während zweier Mittagsstunden keine geräuschvollen Hantierungen vornehmen darf und man sich auf die Zeit von 13.00 - 15.00 Uhr einigt. In einem solchen Fall wird es dem Berechtigten vor allem darauf ankommen, daß er täglich zwei Stunden Ruhe hat. Ob diese Ruhestunden nun punkt 13.00 Uhr oder ausnahmsweise einmal 10 Minuten später beginnen, wird ihm dagegen weniger wichtig erscheinen. Deshalb wird man es für zulässig erachten müssen, wenn der Schlosser nach 15.00 Uhr die 10 Minuten geräuschloser Arbeit nachholt<sup>(1)</sup>. Diese Nachholung würde nämlich immer noch im Interesse des Gelehrten an der zweistündigen Ruhepause dienen. In einem solchen Fall würde also die Unterlassung durch die Zuwiderhandlung nur für 10 Minuten verzögert, nicht aber teilweise unmöglich werden, d. h. es würde keine absolute Fixschuld vorliegen. Allerdings werden derartige Fälle nicht allzu häufig sein.

---

die geschuldete Restleistung unmöglich geworden sei (vgl. hierzu z. B. Staudinger - Kaduk § 323 Anm. 45 ff bezüglich der Dauerschuldverhältnisse und Larenz I. S. 243 und 262 f für die einfachen Schuldverhältnisse). In Wirklichkeit handelt es sich hierbei aber um ein Problem der Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag (vgl. hierzu auch unten unter c) bb)).

(1) Lehmann S. 189 und 247.

b) Ganz ähnlich ist die Situation, wenn der Gegenstand der kontinuierlich zu erbringenden Leistung nicht ein Unterlassen, sondern ein **d a u e r n d e s p o s i t i v e s T u n** ist.

aa) Bereits aus dem oben auf S. 76 erwähnten ersten Beispiel wird deutlich, daß die hier anstehenden Fragen im Prinzip die gleich sind wie bei den dauernden Unterlassungen. Zur Verdeutlichung sei einmal angenommen, der Mieter wolle den Büroraum in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Mai dazu benutzen, um dort mit seinen Hilfskräften eine am 1. Juni beginnende große Industrie-Ausstellung vorzubereiten. In diesem Fall ist eindeutig erkennbar, daß der Berechtigte am 31. Mai jedes Interesse an einer weiteren Benutzung des Raumes verliert. Es liegt wiederum eine **a b s o l u t e F i x s c h u l d** vor, so daß die Gewährung des Mietgebrauchs, die in der Zeit vom 1. - 31. Januar unterblieben ist, nicht mehr nachgeholt werden kann. Das Leistungshindernis ist hier zwar letztlich nur vorübergehend, denn es dauert nur einen Monat, aber es ist im gegebenen Fall endgültig. Bezüglich dieses Zeitraums tritt daher eine echte Teilunmöglichkeit der Leistung ein<sup>(1)</sup>, die allerdings häufig als "vorübergehende" Unmöglichkeit bezeichnet wird<sup>(2)</sup>, obwohl schon **S i b e r** einen derartigen Sprachgebrauch als unrichtig

---

(1) Vgl. Planck - **S i b e r** Vorb. II 1 a vor §§ 275 - 292 und § 324 Anm. 4, Staudinger - **W e r n e r** Vorb. 43 vor 271, Enneccerus - **L e h m a n n** S. 132.

(2) So auch der BGH in BGHZ 10 S. 187 (189).

erkannt und daher abgelehnt hat<sup>(1)</sup> (2).

bb) Diese Rechtslage wird zwar in den allermeisten Fällen eintreten, sobald einer auf ein dauerndes positives Tun gerichteten Leistung ein zeitweiliges Hindernis entgegentritt. Aber es sind auch Ausnahmen von dieser Regel denkbar. So kann beispielsweise jemand eine Sommerwohnung in einem Badeort auf 4 Wochen der Sommersaison in der Weise mieten, daß er oder der Vermieter berechtigt ist, etwa zwischen dem 1. Juni und dem 31. Juli den Beginn der Mietzeit zu bestimmen<sup>(3)</sup>. Oder es kann sein, daß es dem Mieter mehr darauf ankommt, überhaupt ein vierwöchiges Quartier zu bekommen, wie gerade darauf, daß dieses, wie ursprünglich vereinbart, genau am 1. Juni frei wird. Im ersteren Fall ist der Beginn der Gebrauchsgewährung nicht an einen bestimmten Termin gebunden, sondern während einer gewissen Frist möglich. Im letzteren Fall kann sie bis zum 31. Juli genauso nachgeholt werden wie die Unterlassung des Schlossers im obengenannten Beispiel.

c) aa) Aus all dem ergibt sich, daß Leistungen, deren Inhalt in einem kontinuierlich andauernden Verhalten besteht, regelmäßig absolute Fixschulden sind<sup>(4)</sup>. Nur in besonderen Fällen, in denen die

---

(1) Planck - S i b e r § 323 Anm. 3.

(2) Auch hier kann im Einzelfall durch die teilweise Unmöglichkeit eine Situation eintreten, bei der nach genauer Abwägung des Vertragszwecks und der Interessen beider Vertragspartner die Fortsetzung des Vertrags für eine Partei unzumutbar wird; vgl. hierzu oben S. 79 Anm. 3 und unten c) bb).

(3) Vgl. Planck - S i b e r § 271 Anm. 3 a B.

(4) Staudinger - W e r n e r Vorb. 43 vor § 275 und B e i t z k e S. 29 halten alle kontinuierlichen Leistungen für absolute Fixschulden.

Parteien eine bewegliche Anfangszeit ausdrücklich vereinbart haben oder in denen sich eine solche aus dem gesamten für beide Teile erkennbaren Vertragsinhalt deutlich entnehmen läßt, kann eine kontinuierliche Leistung nachgeholt werden<sup>(1)</sup>.

Bei allen übrigen Dauerleistungen wird die Erfüllung mit dem jeweiligen Ablauf der vertraglich festgesetzten Zeit zu einem entsprechend anwachsenden Teil unmöglich. Im Gegensatz zu den meisten einfachen Schuldverhältnissen kommt es hier also regelmäßig nicht darauf an, ob die Leistung überhaupt erbracht werden kann, sondern nur darauf, ob sie tatsächlich erbracht wird oder nicht<sup>(2)</sup>. Für den Eintritt der Unmöglichkeit ist daher beispielsweise nicht erforderlich, daß das vermietete Haus abbrennt, sondern es genügt schon die bloße Nichtgewährung des Mietgebrauchs während der Vertragszeit, ganz gleich, auf welchen Gründen sie beruht.

Von diesen Fällen einer absoluten Fixschuld ging offensichtlich auch der Bundesgerichtshof in seiner oben zitierten Entscheidung in BGHZ 10 S. 187 (189) aus. Wegen der zwar seltenen, aber doch denkbaren Ausnahmefälle kann jedoch seiner Generalklausel, daß bei allen Dauer-schuldverhältnissen ein zeitweiliges Hindernis zu einer dauernden zeitweisen Unmöglichkeit führe<sup>(3)</sup>, nicht gänzlich zugestimmt werden. Im übrigen ist, wie bereits erwähnt, die Form, in

---

(1) Vgl. Planck - S i b e r § 271 Anm. 3 a B und  
L e h m a n n S. 189 f, 247 und 267 f.

(2) Vgl. Staudinger - W e r n e r Vorb. 43 vor  
§ 275.

(3) Die gleiche Auffassung vertritt auch Staudinger -  
W e r n e r Vorb. 43 vor § 275.

der er diese Auffassung ausgedrückt hat, höchst mißverständlich. Richtig gelesen, müßte der oben auf S. 77 zitierte Satz in etwa lauten: "Bei Dauerschuldverhältnissen, die eine kontinuierliche Leistung zum Gegenstand haben, führt ein vorübergehendes Leistungshindernis regelmäßig nicht zu einer Verzögerung, sondern zu einer der Zeitspanne seiner Dauer entsprechenden teilweisen Unmöglichkeit".

- bb) Auch die zweite oben auf S. 77 zitierte Entscheidung des BGH enthält gewissen sprachliche Ungenauigkeiten, die zu erheblichen Mißverständnissen führen können.

In dem dortigen Prozess ging es nämlich nicht, wie man bei flüchtiger Betrachtung annehmen könnte, um die Frage, ob eine kontinuierliche Leistung bei Eintritt eines zeitweiligen Hindernisses noch nachholbar ist oder teilweise unmöglich wird. Es handelte sich vielmehr um ein ganz anderes Problem, das oben bereits kurz erwähnt<sup>(1)</sup>, dessen Erörterung aber bislang der Klarheit wegen ausgeklammert wurde. In jenem Fall war bei einem als absolute Fixleistung zu gewährenden Mietgebrauch ein zeitweiliges Leistungshindernis eingetreten, so daß dieser während der Dauer des Hindernisses teilweise unmöglich geworden war. Der BGH hatte nun darüber zu entscheiden, ob diese teilweise Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung nicht so gravierende Auswirkungen auf das gesamte Mietverhältnis haben konnte, daß dem Mieter ein weiteres Festhalten am Vertrag für die Zukunft unzumutbar wurde. Diese Frage war von der Rechtsprechung bei anderen Mietverhältnissen bereits des öfteren bejaht worden, und zwar ins-

---

(1) Vgl. oben S. 79 Anm. 3 und S. 82 Anm. 2.

besondere in solchen Fällen, bei denen es zum Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses völlig ungewiss war, ob und wann dieses behoben werden konnte<sup>(1)</sup>. Dort wurde die infolge des Hindernisses eingetretene Teilunmöglichkeit einer völligen Unmöglichkeit rechtlich gleichgestellt, weil wegen der Ungewissheit der Dauer die Erreichung des eigentlichen Vertragszwecks<sup>(2)</sup> in Frage gestellt war.

Der BGH hielt an dieser Rechtsprechung fest, sprach allerdings bei der teilweisen Unmöglichkeit von einer "zeitweiligen" und setzte an die Stelle der völligen Unmöglichkeit die "dauernde".

In Wirklichkeit handelt es sich jedoch in all diesen Fällen um ein Problem der Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag, die hier der echten Unmöglichkeit gleichgestellt wird<sup>(3)</sup>. Es würde zu weit führen, auf die dabei auftauchenden Einzelfragen im Rahmen dieses Themas näher einzugehen<sup>(4)</sup>. Deshalb soll hier der Hinweis genügen, daß bei einer teilweisen Unmöglichkeit einer kontinuierlichen Leistung besonders darauf zu achten ist, ob sich aus ihr im jeweiligen Einzelfall nicht schwerwiegende Auswirkungen auf den zukünftig noch zu erbringenden Leistungsteil und damit auf das gesamte Dauerschuldverhältnis ergeben können.

---

(1) RG Warn. Rspr. 1927 Nr. 28; RGZ 89, 207; vgl. auch BGH, LM § 275 Nr. 3.

(2) Zum Problem des Vertragszwecks vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Beiträge zur Lehre vom Vergleich S. 121 ff.

(3) Wegen der Bedenken gegen diese Gleichstellung vgl. auch für die Fälle der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit oben § 2 2. a) cc).

(4) Vgl. hierzu z. B. Staudinger - W e r n e r § 275 Anm. 9 ff und Staudinger - K a d u k § 323 Anm. 45 ff.

## 2. Nachträgliche Unmöglichkeit der wiederkehrenden Leistungen

Im Gegensatz zu den kontinuierlichen Leistungen werden die wiederkehrenden in aller Regel nicht einfach dadurch unmöglich, daß sie nicht zur vertraglich festgesetzten Zeit erbracht werden.

Am besten wird dies wiederum am Beispiel des Bierlieferungsvertrags deutlich. Wenn eine Brauerei verpflichtet ist, an jedem 1. des Monats zu liefern, und dies am 1. Februar aus Gründen, die sie zu vertreten hat, nicht tun kann, so kommt sie zunächst einmal bezüglich dieser Teilleistung in Verzug. Dies ergibt sich daraus, daß die Lieferung nachholbar ist, weil der Gastwirt in der Regel auch am nächsten Tag noch genausoviel Interesse an ihr hat wie zuvor. Die Rechtslage ist also im Prinzip genau die gleiche, wie wenn sich das Schuldverhältnis auf diese einzelne Teilleistung beschränken würde, d. h. ein einfaches Schuldverhältnis wäre. Schwierig wird es erst, wenn sich das Leistungshindernis über einen längeren Zeitraum nicht beseitigen läßt. Nach ein paar Tagen wird nämlich dem Wirt das Bier ausgehen, so daß er seine Gäste nicht mehr zufriedenstellen kann. Deshalb wird man ihm nicht zumuten können, daß er nunmehr noch länger auf die noch ausstehende Teillieferung wartet, zumal diese jetzt ihren eigentlichen Zweck der Bedarfsdeckung nicht mehr erreichen kann. Vielmehr wird man ihm zugestehen müssen, seinen Bedarf, soweit er bis zu dem Tage anfällt, an dem eine Bierlieferung wieder möglich ist, zwischenzeitlich anderweitig zu decken. Erfolgt also die Februarlieferung erst am 20. Februar, so hat der Wirt bezüglich jener Menge, die er vom 1. - 19. Februar benötigt hätte, keinerlei Interesse mehr. Insoweit ist sie daher auch nicht mehr nachholbar. Trifft sie erst am 1. März zusammen mit der für den kommenden Monat bestimmten Lieferung ein, so wird sie für ihn völlig uninteressant. Deshalb muß die unterbliebene Teilleistung hier endgültig als unmöglich angesehen werden.

Ähnlich ist es übrigens auch bei den gewöhnlichen Schuldverhältnissen. Obwohl nämlich eine einfache Leistung regelmäßig nachholbar ist, so ist sie dennoch nicht ewig aufschiebbar. Auch dort gibt es deshalb eine Art "Erfüllungszeitraum"<sup>(1)</sup>, nach dessen Ablauf die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist. Die Länge dieses Zeitraums ist im jeweiligen Einzelfall aus der Natur dem besonderen Inhalt und dem typischen Zweck des Vertrags<sup>(2)</sup> zu bestimmen. Ein zeitweiliges Hindernis kann deshalb bei einer einfachen Leistung als dauerndes anzusehen sein, wenn die Fortsetzung des Vertrags wegen der Ungewißheit seines Fortfalls einem Vertragspartner nicht mehr zuzumuten ist. In einem solchen Fall liegt nach h. M. eine echte Unmöglichkeit vor<sup>(3)</sup>. Bei den wiederkehrenden Leistungen gewinnen diese Grundsätze aber eine besondere Bedeutung. Der Erfüllungszeitraum jeder Teilleistung wird hier in aller Regel erheblich kürzer sein als bei den einfachen Leistungen. Im Einzelfall kann sogar jede der wiederkehrenden Leistungen zu einer absoluten Fixschuld in dem oben auf S. 17 f dargelegten Sinn werden.

Bei der Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist jedoch zu beachten, daß sie zunächst immer nur bezüglich der jeweiligen Teilleistung gelten. Nur diese kann auf jene Weise zum Teil oder völlig unmöglich

---

(1) L a r e n z I. S. 239.

(2) Zum letzteren vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Beiträge zur Lehre vom Vergleich S. 121 ff.

(3) Vgl. z. B. RGZ 101 S. 80, 107 S. 158, BGH LM § 275 Nr. 4, L a r e n z I. S. 240, Enneccerus - L e h m a n n S. 206, Staudinger - W e r n e r § 275 Anm. 9. In Wahrheit handelt es sich hier wiederum um den Fall der Zumutbarkeit, vgl. hierzu oben unter 1. c) bb).

werden, wobei nicht erforderlich ist, daß der Zweck des gesamten Vertrags in Frage gestellt ist. Vielmehr genügt es, daß dem Vertragspartner ein weiteres Warten auf diese Einzelleistung nicht mehr zuzumuten ist. Bezüglich der kommenden, noch nicht fälligen Teilleistungen bleibt das Schuldverhältnis in seiner ursprünglichen Form weiterbestehen, solange es nicht gekündigt oder auf andere Weise beendet wird. Die Frage, ob ein länger andauerndes Leistungshindernis darüber hinaus im Einzelfall für den Vertragspartner einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung entstehen läßt oder auch ohne Kündigung den ganzen Vertrag für die Zukunft beseitigen kann, weil den Parteien ein weiteres Festhalten unzumutbar ist, steht dagegen auf einem ganz anderen Blatt<sup>(1)</sup>.

---

(1) Siehe hierzu insbes. Staudinger - K a d u k § 323 Anm. 46 und 47. Bezüglich der kontinuierlichen Leistungen vgl. oben unter 1. c) bb).

§ 10 Vertretenmüssen des Gläubigers bei Dauer-  
schuldverträgen

Auch insoweit gilt im Prinzip wiederum das gleiche, was schon im § 3 ausgeführt wurde. Die nach Vertrags-schluß eintretende Unmöglichkeit einer kontinuierlich fortlaufenden oder in wiederkehrenden Zeitabständen zu erbringenden Leistung ist demnach vom Gläubiger zu vertreten, wenn sie

- a) auf einer schuldhaften Verletzung vertraglich oder gesetzlich ausdrücklich bestimmter Mitwirkungsobliegenheiten des Gläubigers beruht,
- b) vom Gläubiger direkt schuldhaft herbeigeführt wird,
- c) auf einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben seitens des Gläubigers beruht.

Bezüglich der Frage, in welchem Umfang der Gläubiger eine von seinen Gehilfen herbeigeführte Unmöglichkeit zu vertreten hat, kann auf die in § 3 enthaltenen Ausführungen verwiesen werden. Bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen bestehen insoweit auch noch besondere Vorschriften. Es sei hier beispielsweise der § 549 Abs. 3 erwähnt, wonach der Mieter ein Verschulden des Untermieters wie sein eigenes zu vertreten hat.

- a) Als Besonderheit fällt hier jedoch auf, daß gerade bei den Dauerschuldverhältnissen eine große Anzahl von gesetzlichen und vertraglichen Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten auftritt, die häufig bei den einfachen Schuldverhältnissen gar nicht denkbar sind.

Zu ihnen gehört beispielsweise die Obhutspflicht des Mieters, des Pächters und des Verwahrers. Wenn also jemand ein Auto mietet und dieses am Abend fahrlässig nicht ordnungsgemäß gegen Diebstahl sichert, so ist er, falls das Fahrzeug gestohlen wird, dem Vermieter nicht nur gemäß §§ 823 ff und

aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung<sup>(1) (2)</sup> zum Ersatz des Schadens verpflichtet, sondern er muß auch nach § 324 Abs. 1 weiterhin bis zur Beendigung des Mietvertrags den vereinbarten Mietzins bezahlen.

Eine ähnliche Mitwirkungspflicht hat der Dienstberechtigte insoweit, als er gemäß § 618 die für den Schutz des Dienstverpflichteten erforderlichen Maßnahmen treffen muß.

Schließlich seien in diesem Zusammenhang noch die zahlreichen Unterlassungspflichten erwähnt, die bei den Dauerschuldverhältnissen häufig als Nebenpflichten vereinbart werden und die in erster Linie einen ungestörten Ablauf des gesamten Vertrags garantieren sollen. Man denke nur an die Pflicht des Mieters, jeden außervertragsmäßigen Gebrauch zu unterlassen (vgl. § 550) oder an die des Gastwirts, seinen Bedarf nicht anderweitig zu decken (vgl. Art. 13 Abs. 1 S. 2 Bay AGBGE). Zwar wird es nicht allzuoft vorkommen, daß eine Verletzung derartiger Nebenpflichten zu einer Unmöglichkeit der Leistung des Vertragspartners führt. Dennoch kann dies im Einzelfall geschehen, so z. B. wenn eine Mietsache durch den vertragswidrigen Gebrauch zerstört wird<sup>(3)</sup>.

- 
- (1) § 557 scheidet im vorliegenden Fall aus, weil die "Vorenthaltung" im Sinne dieser Bestimmung die Möglichkeit zur Rückgabe voraussetzt (h. M. vgl. z. B. RGZ 99, 230, Roquette § 557 Anm. 4, Staudinger - Kiefersauer § 557 Anm. 1).
- (2) Zu den Bedenken, die Schnorr von Carolssfeld gegen die von der h. L. angenommene Konkurrenz dieser Schadensersatzansprüche erhebt, vgl. sein Lehrb. S. 271.
- (3) Vgl. hierzu auch Schnorr von Carolssfeld, Festschrift für Molitor S. 378.

- b) Die Fälle, in denen der Gläubiger die Unmöglichkeit direkt schuldhaft herbeiführt, ohne daß er gleichzeitig eine ausdrücklich bestimmte Mitwirkungspflicht verletzt, werden allerdings bei den Dauerschuldverhältnissen ebensoselten sein wie bei den einfachen.

Eine direkte Einwirkung des Gläubigers auf den Leistungsgegenstand selbst ist zunächst nur bei den wiederkehrenden Sachleistungen denkbar. Dies tritt beispielsweise dann ein, wenn ein Gastwirt die bereits konkretisierte, aber noch nicht an ihn übergebene Bierlieferung zerstört. Unter diese Kategorie wird man aber auch jene Fälle rechnen dürfen, in denen zwar nicht der Leistungsgegenstand selbst vernichtet, wohl aber die Leistungserbringung dadurch verhindert wird, daß der Gläubiger direkt auf die Person des Schuldners einwirkt. Gemeint sind damit insbesondere die Fälle, bei denen der eine Gesellschafter den anderen oder der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten verletzt, so daß sie ihren Vertragspflichten nicht nachkommen können. Auch hier bleibt der Gläubiger jeweils nach § 324 Abs. 1 verpflichtet, seine eigene Leistung zu erbringen, d. h. er muß die Teillieferung bezahlen, den Gesellschaftszweck weiterhin fördern<sup>(1)</sup> beziehungsweise die vereinbarte Vergütung auch während der Rekonvaleszenzzeit des Dienstverpflichteten leisten.

- c) Ferner hat der Gläubiger, wie schon oben auf S. 25 f dargelegt wurde, nach § 242 grundsätzlich die Pflicht, den vom Schuldner herbeizuführenden Leistungserfolg nicht zu verhindern. Auch dieser Pflicht wird gerade bei den Dauerschuldverhältnissen eine erhöhte Bedeutung zukommen, wenn man bedenkt, daß die Parteien hier auf ein besonders vertrauens-

---

(1) Im Gesellschaftsrecht ist allerdings nur eine entsprechende Anwendung des § 324 möglich, weil eine echte Gegenleistung im Sinne dieser Bestimmung hier nicht vorhanden ist (vgl. oben 72 f).

volles Zusammenwirken angewiesen sind. Das Maß an Sorgfalt und Treue, das der Gläubiger dabei zu beachten hat, hängt im Einzelfall sowohl von der vorgesehenen Länge der Vertragszeit als auch von der Intensität der vertraglichen Beziehungen ab<sup>(1)</sup>. So darf beispielsweise ein Kaufmann, der einen Handelsvertreter beauftragt, diesem eine erfolgreiche Tätigkeit nicht einfach dadurch unmöglich machen, daß er weiterhin fast alle Geschäfte mit den Kunden selbst abschließt und darüber hinaus noch weitere Kunden wirbt. Tut er es dennoch, so handelt er seiner Treuepflicht gegenüber dem Handelsvertreter zuwider und muß deshalb gemäß § 324 Abs. 1 für die eigenhändig abgewickelten Geschäfte eine entsprechende Provision zahlen<sup>(2)</sup>. Ein ähnlicher Verstoß gegen § 242 liegt vor, wenn ein Gastwirt, der sein Bier von einem Zwischenhändler bekommt, die Brauerei dazu verleitet, an diesen kein Bier mehr zu liefern. Auch in diesem Fall hat also der Gastwirt die Unmöglichkeit im Sinne von § 324 Abs. 1 zu vertreten und muß deshalb den Kaufpreis für die ausgefallenen Lieferungen abzüglich der vom Zwischenhändler ersparten Kosten bezahlen.

- d) Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch ein Urteil des Bundesgerichtshofs erwähnt, dem im Hinblick auf die Dauerschuldverhältnisse eine besondere Bedeutung zukommt. Der Leitsatz dieser bei LM § 324 Nr. 1 abgedruckten Entscheidung lautet:

"Auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme einer Garantie kann ein Vertrag dahin auszulegen sein, daß ein Vertragsteil das

---

(1) Vgl. oben S. 52.

(2) Vgl. RG Gruchot 56 S. 922; für den Fall des Bezirksvertreters gilt dies heute gemäß § 87 Abs. 2 HGB generell. Beachte hierzu auch die Parallele des § 162.

Risiko für bestimmte Leistungshinernisse übernimmt, die dem anderen Teil die Erfüllung nachträglich unmöglich machen, daß er also diese Umstände im Sinne von § 324 zu vertreten hat."

Anlaß zu jener Entscheidung war ein Werklieferungsvertrag, bei dem der Besteller dem Unternehmer die Muster und Pläne des in Auftrag gegebenen Werkes übergeben hatte. Die Herstellung des Werkes war später unterblieben, weil eine dritte Firma gegen den Unternehmer eine Unterlassungsklage erhoben und diesen Vorprozess gewonnen hatte.

Der BGH ging nun in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht davon aus, daß dem Unternehmer die Herstellung des Werkes unmöglich geworden sei<sup>(1)</sup>, daß aber ein Verschulden des Bestellers nicht vorliege. Trotzdem kam der BGH zu dem Ergebnis, daß der Besteller als Gläubiger hier die Unmöglichkeit im Sinne von § 324 zu vertreten habe, und zwar deshalb, weil der Werklieferungsvertrag auf Grund der besonderen Umstände in jenem Fall gemäß § 157 dahin auszulegen sei, daß der Besteller unabhängig von seinem Verschulden das Risiko für das später eingetretene Leistungshindernis übernommen habe.

Der BGH ging also davon aus, daß die Frage, welche Umstände der Gläubiger gemäß § 324 Abs. 1 zu vertreten hat, im Gesetz nirgends geregelt ist<sup>(2)</sup>, und bestimmte deshalb diese Umstände im Wege der Vertragsauslegung, wobei er sich der Konstruktion der Risikoübernahme bediente.

- 
- (1) Die Richtigkeit dieser Auffassung sei hier ohne nähere Überprüfung unterstellt.
- (2) Siehe hierzu oben § 3; zustimmend auch Staudinger - K a d u k § 324 Anm. 5, R G R K § 324 Anm. 2; vgl. auch Planck - S i b e r § 324 Anm. 1 a.

Eine derartige Vertragsauslegung kann gemäß § 157 nur erfolgen, wenn im jeweiligen Einzelfall Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Das bedeutet, daß eine Interpretation der Risikoübernahme als "vertreten müssen" im Sinne des § 324 Abs. 1 bei den gewöhnlichen Schuldverhältnissen nur in ganz besonders gelagerten Fällen zulässig sein kann. Dagegen ergeben sich, wie bereits mehrfach erörtert wurde, bei den Dauerschuldverhältnissen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Reihe von speziellen Sorgfalts- und Treuepflichten, die teilweise auf ein ganz erhebliches Maß an Fürsorge für den anderen Vertragspartner abzielen. Hier kann daher schon eher einmal die Situation eintreten, daß derjenige, der besondere Fürsorgepflichten für den Partner übernommen hat, gemäß § 157 auch das Risiko für bestimmte Leistungshindernisse tragen muß.

Es fragt sich aber, ob es zweckmäßig ist, derartige Fälle in den Rahmen des § 324 zu pressen, nur um eine in den Gründen juristisch gut getarnte Lösung zu erreichen<sup>(1)</sup>. Letztlich wird hierdurch nur ein aus anderen Gründen gewünschtes Ergebnis rechtlich untermauert, um Anschein der Gesetzmäßigkeit zu wahren. Mit Hilfe der Lehre von der Änderung der Geschäftsgrundlage, der Sphärentheorie und der Betriebsrisikolehre lassen sich diese Fälle sicherlich ebenfalls befriedigend lösen<sup>(2)</sup>.

---

(1) Vgl. hierzu auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Lehrb. S. 218.

(2) Näheres hierzu siehe unten § 14 1 a) bb).

§ 11 Der Absatz 2 des § 324 BGB bei Dauerschuld-  
verträgen

1. Der Gläubigerverzug

Die in den §§ 293 ff. geregelten Voraussetzungen, bei deren Vorliegen der Gläubiger in Verzug gerät, wurden im wesentlichen bereits oben in § 4 1. erörtert. Bei der Anwendung dieser Bestimmungen im Rahmen der Dauerschuldverhältnisse tauchen jedoch einige Probleme auf, auf die im folgenden näher eingegangen werden soll.

a) Die Schwierigkeiten beginnen zum Teil schon bei der Betrachtung des nach §§ 293, 294 und 295 grundsätzlich erforderlichen Angebots.

aa) Bei den Bezugs- und Bedarfslieferungsverträgen sind allerdings in der Regel keine Besonderheiten zu erkennen, weil auch sie, wie die meisten gewöhnlichen Schuldverhältnisse, die Lieferung von Sachen zum Gegenstand haben. Je nachdem, ob es sich um Bring- und Schickschulden oder um Holschulden handelt, muß daher der Schuldner jede einzelne Teillieferung tatsächlich anbieten beziehungsweise versenden oder wörtlich anbieten. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Gläubiger eine dieser angebotenen Teilleistungen zu Unrecht abgelehnt hat und dann auch die Abnahme der zweiten Teilleistung verweigert. In einem solchen Fall ist der Schuldner unter Umständen nach Treu und Glauben nicht mehr verpflichtet, dem Gläubiger auch noch die dritte Teilleistung anzubieten<sup>(1)</sup>. Vielmehr muß der Gläubiger sich dann seinerseits zur Annahme bereiterklären, wenn er nicht in Verzug geraten will.

---

(1) RG JW 10 S. 804, Staudinger - Werner  
§ 295 Anm. 2.

bb) Anders scheint es auf den ersten Blick zu sein, wenn ein kontinuierlich fortlaufendes positives Tun geschuldet wird. Da der Schuldner hier dauernd leisten muß, könnte man daraus schließen, daß er auch dauernd anzubieten hat, zumal wenn man an den in diesem Zusammenhang häufig gebrauchten Begriff des "Anleistens" denkt<sup>(1)</sup>. Das würde bedeuten, daß beispielsweise ein Mietwagenunternehmer, der sich verpflichtet hat, das Fahrzeug zum Mieter zu bringen, damit tagelang vor dessen Haustür warten müßte, bis dieser sich endlich bequemt, den Wagen zu gebrauchen oder die Annahme endgültig zu verweigern. Desgleichen müßte ein Dienstverpflichteter sich tagelang in der Nähe des Dienstberechtigten aufhalten, bis dieser sich endgültig im einen oder anderen Sinne äußert.

Schon aus diesen beiden Beispielen wird deutlich, daß das Angebot selbst nicht mit dem Begriff der Leistungsbereitschaft verwechselt und erst recht nicht durch ihn ersetzt werden darf, wie R o s e n b e r g <sup>(2)</sup> es teilweise tun wollte<sup>(3)</sup>. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß das Angebot einer kontinuierlichen Leistung genauso wie das einer gewöhnlichen Leistung ein einmaliger vorübergehender Akt ist, der mit der Vor-  
nahme selbst abgeschlossen ist<sup>(4)</sup>. Die Leistungsbereitschaft ist dagegen eine direkte Folge der

---

(1) So z. B. L e o n h a r d I. S. 569 und L a r e n z I. S. 291. E s s e r S. 328 verwendet den unter Kaufleuten allgemein üblichen Ausdruck "andienen".

(2) In Jh. Jahrb. 43 S. 151 ff.

(3) Wie hier Planck - S i b e r § 293 Bem. 1 b B, Staudinger - W e r n e r § 294 Anm. 5.

(4) Z ö l l n e r in Anm. zu BAG in AP Nr. 20 zu § 615 BGB.

Möglichkeit der Leistung, die in jedem Fall gegeben sein muß, um den Annahmeverzug eintreten und fortbestehen zu lassen. Deshalb kommen in den obigen Beispielen der Mieter und der Dienstberechtigte auch dann in Verzug, wenn der Vermieter und der Dienstverpflichtete sich alsbald nach ihrem Angebot wieder entfernen. Dies gilt jedenfalls so lange, wie eine Leistungsbereitschaft vorhanden ist<sup>(1)</sup>.

- cc) Schließlich sei noch erwähnt, daß bei dauernden Unterlassungen naturgemäß weder ein Angebot seitens des Schuldners noch eine Annahme seitens des Gläubigers denkbar ist. Hieraus wird vielfach geschlossen, daß bei ihnen ein Verzug des Gläubigers überhaupt nicht in Frage komme<sup>(2)</sup>.

Das ist jedoch nur bedingt richtig, wie das folgende Beispiel zeigt:

Angenommen, in dem oben auf S. 80 erörterten Fall verpflichtet sich der Gelehrte, den Schlosser jeden Tag um 13.00 Uhr zu benachrichtigen, daß es an der Zeit sei, mit der Unterlassung zu beginnen. Was geschieht dann, wenn er dies einmal vergißt? Würde es sich bei der Verpflichtung des Schlossers um ein positives Tun handeln, so käme der Gelehrte jedenfalls nach § 296 in Gläubigerverzug. Das gleiche muß aber doch auch dann gelten, wenn der Schlosser eine Unterlassung schuldet, denn in beiden Fällen ist kein Angebot erforderlich. Daraus läßt sich ableiten, daß auch bei dauernden Unterlassungen ein Gläubigerverzug denkbar ist, wenn er auch nur selten eintreten kann.

---

(1) Vgl. hierzu auch Schnorr von Carolsfeld, Lehrb. S. 313.

(2) Lehmann S. 259 und 315, Titze S. 23, Staudinger - Werner § 293 Anm. 22.

- b) Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß die Leistungsunmöglichkeit und der Gläubigerverzug unvereinbare Gegensätze sind, die einander ausschließen<sup>(1)</sup>. Dies gilt nach der heute herrschenden Meinung zumindest insoweit, als zu dem Zeitpunkt, in dem der Annahmeverzug nach der jeweiligen Sachlage denkbar wäre, bereits eine Leistungsunmöglichkeit vorhanden ist. Ist nämlich die Leistung zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich, so ist der Schuldner, wenn er dies nicht zu vertreten hat, bereits nach § 275 frei geworden. Sobald aber eine Befreiung eingetreten ist, kann er eine geschuldete Leistung nicht mehr anbieten, der Gläubiger also auch nicht mehr durch Nichtannahme in Verzug kommen<sup>(2)</sup>.

Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug müssen daher jeweils sorgfältig voneinander abgegrenzt werden. Das wird, wie bereits oben im § 4 1. b) erwähnt, in den Fällen besonders problematisch, in denen die Leistung des Schuldners nicht durch einen in seinem Wirkungsbereich liegenden Grund verhindert wird, sondern deshalb nicht erbracht werden kann, weil der Gläubiger an der zur Erfüllung erforderlichen Mitwirkung verhindert ist.

Angeichts des beinahe unüberschaubaren Schrifttums zu dieser Frage<sup>(3)</sup> würde es zu weit führen, an die-

---

(1) Vgl. oben § 4 1. b).

(2) So die Begründung von O e r t m a n n AcP 116 S. 13. Zum gleichen Ergebnis kommen Staudinger - W e r n e r § 297 Anm. 1, § 293 Anm. 2 ff, Planck - S i b e r § 293 Anm. 1 a B; Enneccerus - L e h m a n n S. 242, E s s e r S. 327, L a r e n z I. S. 292 f, T i t z e S. 21, B o e r , Gruchot 54 S. 507 und andere.

(3) Vgl. die zahlreichen bei Staudinger - W e r n e r § 293 Anm. 2 - 8 angegebenen Fundstellen.

ser Stelle die gesamte Problematik bis in alle Einzelheiten darstellen zu wollen. Außerdem erscheint dies im Hinblick auf das gestellte Thema auch nicht unbedingt erforderlich, weil sich auch bei den einfachen Schuldverhältnissen, insbesondere beim Werkvertrag, nicht selten die gleichen Schwierigkeiten ergeben<sup>(1)</sup>. Dennoch sollen einige grundsätzliche Einzelheiten hier nicht unerwähnt bleiben:

aa) Die früher herrschende Meinung hielt eine Unmöglichkeit auch in den Fällen für gegeben, in denen der Gläubiger seine Mitwirkungshandlung nicht vornehmen konnte, weil er objektiv, d. h. wie jedermann, an ihrer Vornahme verhindert war. Nach dieser sogenannten Unmöglichkeitslehre, die ursprünglich vor allem von T i t z e vertreten wurde<sup>(2)</sup>, liegt insbesondere auch dann Unmöglichkeit vor, wenn der Grund des Hindernisses in der Person des Gläubigers selbst eintritt (z. B. Krankheit oder Tod des zu unterrichtenden Schülers) oder wenn er darauf beruht, daß der Gläubiger die zur Leistung des Schuldners erforderlichen Hilfsmittel, Geräte und Räumlichkeiten, d. h. die sogenannten Leistungs-substrate, nicht beibringen kann.

bb) Später setzte sich immer mehr die Auffassung durch, daß auch in jenen Fällen Annahmeverzug vorläge. Entwickelt wurde diese sogenannte Annahmeverzugslehre zunächst von T r a u t - m a n n bezüglich der Substrate beim Arbeits-

---

(1) Vgl. die Beispiele oben in § 4 1. b).

(2) aaO S. 23 ff; ebenso z. B. K i s c h S. 80.  
Vgl. auch die historischen Darstellungen von  
Enneccerus - L e h m a n n S. 242 und  
J o r n s S. 15 f.

vertrag<sup>(1)</sup>. Später wurde sie auch auf die Fälle der persönlichen Verhinderung des Gläubigers ausgedehnt<sup>(2)</sup>. Man nahm an, eine Unmöglichkeit sei nur dann gegeben, wenn der Schuldner - die vorgesehene Mitwirkung des Gläubigers unterstellt - die Leistung nicht erbringen könne; d. h., man dachte alle den Mitwirkungshandlungen des Gläubigers entgegenstehenden Hindernisse hinweg und prüfte erst dann die Frage, ob eine Unmöglichkeit vorlag oder nicht<sup>(3)</sup>. Hauptverfechter dieser Lehre ist heute **L a r e n z**, der darauf abstellt, "ob es dem Schuldner für den Fall, daß der Gläubiger es an seiner Mitwirkung nicht fehlen ließe, möglich wäre, zu leisten"<sup>(4)</sup>. Er kommt deshalb zum Ergebnis, daß Annahmeverzug z. B. auch dann vorliegt, wenn der zu Unterrichtende infolge einer Erkrankung nicht am Unterricht teilnehmen kann<sup>(5)</sup>. Zum Beweis für seine Lehre beruft er sich unter anderem auch auf **L e h m a n n**. Dieser folgt ihm jedoch nur insoweit, als das in der Sphäre des Gläubigers entstandene Hindernis generell nicht behebbbar ist<sup>(6)</sup> und nähert sich damit wieder der ursprünglich weithin vertretenen

---

(1) Gruchot 59 S. 434 ff.

(2) So **O e r t m a n n** AcP 116 S. 1 ff, **B o e r**, Gruchot 54 S. 493 ff und viele andere.

(3) Vgl. z. B. **O e r t m a n n** S. 23 ff, **B o e r** S. 514 ff.

(4) aaO S. 293, ebenso bezüglich der Substrate schon **T r a u t m a n n** S. 450.

(5) Ebenso **O e r t m a n n** AcP 116 S. 21, **B o e r** aaO S. 512 f, **E s s e r** S. 325 unter 2.

(6) **Enneccerus** - **L e h m a n n** S. 243 unter 1. am Ende.

Auffassung.

Der Gegensatz von L a r e n z und L e h -  
m a n n wird vor allem in dem oben bereits  
erwähnten Fall deutlich, wo der Patient vor  
der Operation stirbt. Hier nimmt L a r e n z  
wiederum Annahmeverzug an und kommt dann nur  
über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrund-  
lage zu dem Ergebnis, daß der Arzt kein Honorar  
verlangen könne. Dem gegenüber meint L e h -  
m a n n wohl mit Recht, in einem solchen Fall  
könne von einem Annahmeverzug ernsthaft nicht  
gesprochen werden. Auch S i b e r <sup>(1)</sup> und  
W e r n e r <sup>(2)</sup> vertreten nach wie vor die  
Auffassung, daß ein Fall der Unmöglichkeit ge-  
geben sei, wenn das Hindernis in der Person des  
Gläubigers selbst liege.  
Insofern sind daher die Meinungen immer noch ge-  
teilt.

- cc) Bezüglich der Leistungssubstrate darf heute da-  
gegen die sogenannte Sphärentheorie als herr-  
schend angesehen werden, die sich im Laufe der  
Zeit aus der Annahmeverzugslehre entwickelt hat  
und der heute insbesondere im Arbeitsvertrags-  
recht eine erhöhte Bedeutung zukommt.  
Ihr Hauptverfechter im Rahmen des gesamten all-  
gemeinen Schuldrechts ist E s s e r <sup>(4)</sup>.  
Sie ist im Grunde nichts anderes als eine Wei-  
terführung der heute noch von L a r e n z

---

(1) Planck - S i b e r § 293 Anm. 3.

(2) Staudinger - W e r n e r § 293 Anm. 2 ff, ins-  
besondere Anm. 4.

(3) Dort spricht man jetzt allgemein von der Betriebs-  
risikolehre.

(4) aaO S. 326 f.

vertretenen Auffassung und unterscheidet sich von dieser nur dadurch, daß vom Schema "Unmöglichkeit der Leistung" und "Annahmeverzug" völlig abgesehen und die Leistungs- und Entgeltsgefahr nach dem Ursprungsbereich des Hindernisses verteilt wird<sup>(1)</sup>. Im Prinzip dürfen deshalb wohl auch L a r e n z , L e h m a n n und W e r n e r zu ihren Anhängern gezählt werden, obwohl die letztgenannten eine Reihe von Bedenken äußern<sup>(2)</sup>.

Der nicht zu übersehende Vorzug der Sphärentheorie besteht darin, daß jeder Vertragspartner für die in seinem Wirkungsbereich eintretenden Hindernisse einzustehen hat, wodurch häufig eine gerechte Lösung erreicht werden kann. Wo dies nicht der Fall ist, hilft man sich allgemein mit der Konstruktion des Wegfalls der Geschäftsgrundlage<sup>(3)</sup> oder der Zweckerreichung<sup>(4)</sup>.

Die Sphärentheorie hat jedoch - was häufig nicht genügend scharf präzisiert wird - ihre Daseinsberechtigung nur in den Fällen, in denen die Hindernisse weder in einem bloßen Verhalten

---

(1) E s s e r S. 327, vgl. auch S o e r g e l - S i e b e r t § 293 Anm. 2, B l o m e y e r S. 215, F i k e n t s c h e r S. 215 f.

(2) Vgl. Enneccerus - L e h m a n n S. 242 f und Staudinger - W e r n e r §§ 293 Anm. 2 - 8. W e r n e r hält allerdings an der herkömmlichen Unterscheidung grundsätzlich fest. Nach seiner Ansicht liegt Annahmeverzug aber auch dort vor, "wo es zur Erfüllung deshalb nicht kommt, weil die erforderliche Mitwirkung des Gläubigers ausbleibt" (aaO Anm. 2 und 7). Hinsichtlich der Substrate stimmt er demnach anscheinend L a r e n z zu.

(3) L a r e n z aaO, Enneccerus - L e h m a n n aaO, S o e r g e l - S i e b e r t aaO.

(4) E s s e r aaO, B l o m e y e r aaO; vgl. auch F i k e n t s c h e r S. 163 ff.

des Gläubigers noch in einem solchen des Schuldners begründet sind<sup>(1)</sup>. D. h., sie paßt nur dort, wo Störungen von außen, Elementarschäden am Objekt oder Mittel der Leistung, Streik, Sabotage oder ähnliche Umstände die Beibringung des Substrates und damit auch die Leistung des Schuldners verhindern.

dd) Für § 324 Abs. 2 bedeutet dies - und allein das ist hier von Interesse - daß nur jene Fälle, in denen die Mitwirkung des Gläubigers an der Nichtbeibringung des Substrates scheitert, ausgeklammert werden können, weil sie nach der Sphärentheorie abgewickelt werden. Dagegen liegt Annahmeverzug vor, wenn die Erfüllung durch ein bloßes Verhalten des Gläubigers verhindert wird, es sei denn, durch dieses Verhalten würde bereits die Leistungshandlung als solche direkt unmöglich gemacht<sup>(2)</sup>.

Wenn also der Mieter die Mietsache zerstört, so macht er damit auch die Leistungshandlung, das ist die Gewährung des Mietgebrauchs<sup>(3)</sup>, unmöglich. Soweit er die Zerstörung zu vertreten hat, haftet er daher direkt nach § 324 Abs. 1. Wenn er sich aber nur weigert, den Mietgebrauch auszuüben, so gerät er zunächst lediglich in Annahmeverzug<sup>(4)</sup>. Sollte schließlich die Mietsache in einem bestimmten Gebäude aufgestellt werden, das aus irgendwelchen Gründen vernichtet wird, so ist der Fall nach der Sphärentheorie zu lösen.

Dasselbe gilt z. B. bei einem Bierlieferungsvertrag. Zerstört der Gastwirt die Einzellieferung

---

(1) Vgl. E s s e r S. 327 unter 4 b.

(2) Vgl. E s s e r S. 327 unter 4 a.

(3) Näheres hierüber siehe unten 2. b) cc) bei der Erörterung des § 552.

(4) Über dessen Folgen s. unten bei 2. b).

bei der Übergabe, so liegt insoweit Unmöglichkeit vor. Verweigert er die Annahme, so gerät er in Gläubigerverzug. Ist schließlich die geplante Gaststätte nicht rechtzeitig fertig geworden oder abgebrannt, dann gilt wiederum die Sphärentheorie.

Mit diesem Schema bietet sich also auch für die bei den Dauerschuldverhältnissen auftretenden Leistungsstörungen in den meisten Fällen eine befriedigende Lösung an. Darauf, daß der Sphärentheorie in der von E s s e r vertretenen Form die lege lata die gesetzliche Grundlage fehlt, ist hier nicht weiter einzugehen.

c) Schließlich ergeben sich bei den Dauerschuldverhältnissen auch noch einige Besonderheiten hinsichtlich der Nichtannahme der Leistung und der Unterlassung von Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten, die - wie bereits oben im § 4 1. c) erwähnt - die letzten Voraussetzungen für den Eintritt des Gläubigerverzugs sind.

aa) Bei den einfachen Schuldverhältnissen ist nämlich der Beginn des Gläubigerverzugs immer nur zu einem bestimmten Zeitpunkt möglich. So kommt der Käufer in dem Moment in Verzug, in dem er die vertragsgemäß angebotene Verkaufssache ablehnt.

Anders ist es schon bei den Dauerschuldverhältnissen, die eine wiederkehrende Leistung zum Gegenstand haben. So sind z. B. bei einem Bierlieferungsvertrag mehrere Annahmeverzugsaugenblicke denkbar, weil der Gastwirt jede einzelne Lieferung ablehnen kann. Er gerät dann jeweils bezüglich dieser Einzellieferung in Verzug. Das gleiche gilt naturgemäß auch für alle anderen wiederkehrenden Leistungen.

Wie ist es aber bei den kontinuierlichen Dauerleistungen? Hier wird eine einzige Leistung dauernd erfüllt<sup>(1)</sup>, d. h. es tritt eine Art-Erfüllungszustand ein, der sich nicht in einem Augenblick erschöpft, sondern sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Während dieser ganzen Zeitspanne hat der Gläubiger immer die Möglichkeit, die Annahme der Leistung, soweit diese nicht während des bereits vergangenen Zeitraums erfüllt wurde, für die Zukunft zu verweigern.

So kann ein Mieter, der am 1. 9. 1964 ein Haus für die Zeit vom 1. 1. 1965 bis 1. 1. 1966 gemietet hat, den Mietgebrauch nicht nur vor Beginn der Mietzeit ablehnen. Er kann auch zunächst einziehen und sich dann erst nach einigen Tagen, Wochen oder Monaten weigern, das Haus weiterhin zu benutzen.

Aus diesem Beispiel wird klar, daß der Annahmeverzug bei einer Dauerleistung auch während ihrer Erbringung eintreten kann. Allerdings ist er natürlich nur insoweit denkbar, als die Leistung noch nicht erbracht wurde, d. h. der Mieter, der am 1. 7. unberechtigtweise fristlos kündigt, kommt nur noch hinsichtlich des Mietgebrauchs für die Zeit vom 1. 7. bis 31. 12. in Annahmeverzug. Zwischen Angebot und Ablehnung kann also häufig eine größere Zeitspanne der Erfüllung liegen, eine Tatsache, die bei einfachen Leistungen undenkbar ist.

- bb) Hinsichtlich der Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten fällt auf, daß es gerade bei den dauernden Schuldverhältnissen eine Anzahl von ihnen gibt, deren Verletzung zwar zu einer

---

(1) So auch von Gierke S. 364 ff, vgl. ferner Esser S. 61 und Beitzke S. 19 f.

Unmöglichkeit der Leistung, nicht aber zum Gläubigerverzug führen kann.

Dies ergibt sich daraus, daß der Gläubigerverzug nur dann eintritt, wenn der Gläubiger eine Handlung unterläßt, die "zur Bewirkung der Leistung erforderlich" ist<sup>(1)</sup>. Die Bewirkung der Leistung ist aber nichts anderes als die Herbeiführung des Leistungserfolgs, der bei den einfachen Schuldverhältnissen regelmäßig zu einem Zeitpunkt eintritt. Bei ihnen gibt es daher keinen dauernden Erfüllungszustand, wie er bei einer kontinuierlichen Leistung vorhanden ist. Daraus wird erklärlich, daß sich alle denkbaren Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten bei den gewöhnlichen Leistungen auf die Herbeiführung der Erfüllung zu einem bestimmten Zeitpunkt konzentrieren.

Bei den dauernden Leistungen sind dagegen auch Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten denkbar, die sich erst dann ergeben, wenn sich die Leistung im Erfüllungszustand befindet, die also ihrer ständigen Erhaltung dienen. Als eine der wichtigsten von ihnen kann beispielsweise die Obhutspflicht des Mieters oder Pächters angesehen werden. Wird diese Pflicht verletzt, indem z. B. die Sache vertragswidrig gebraucht wird, so hat der Vermieter beziehungsweise der Verpächter zunächst nur einen Unterlassungsanspruch nach § 550 und darüber hinaus eventuell einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung. Wird die Sache hierdurch zerstört, so wird die Leistung unmöglich. In beiden Fällen ist daher ein Verzug des Gläubigers undenkbar.

Bei den dauernden Leistungen wird man deshalb die Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten

---

(1) Vgl. § 295.

in solche, die zur eigentlichen Leistungsbewirkung, und solche, die zur Leistungserhaltung erforderlich sind, einteilen können. Zu den letzteren, deren Verletzung also einen Verzug des Gläubigers nicht zur Folge haben kann, gehören insbesondere die meisten der oben in § 10 genannten Mitwirkungs-, Treue- und Sorgfaltspflichten der Parteien.

## 2. Unmöglichwerden während des Gläubigerverzugs

Wie schon oben im § 4 erörtert, bestimmt der § 324 in Abs. 2, daß die Rechtsfolgen des Abs. 1 auch dann eintreten, wenn die geschuldete Leistung aus einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher sich der Gläubiger in Verzug befindet.

Auf die Frage, inwieweit der Schuldner die während des Gläubigerverzugs eintretende Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten hat, braucht an dieser Stelle nicht nochmals eingegangen zu werden, denn selbstverständlich gilt auch bei den dauernden Schuldverhältnissen das gleiche wie bei den einfachen, so daß der Schuldner gemäß § 300 Abs. 1 nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat.

Dagegen ergeben sich bezüglich des Eintritts der Unmöglichkeit während des Gläubigerverzugs wiederum einige Besonderheiten.

- a) Allerdings gilt das nur in geringem Maße für die wiederkehrenden Leistungen, denn jede einzelne Teilleistung kann, für sich allein betrachtet, wie eine gewöhnliche vorübergehende Leistung behandelt werden.

Wenn also beispielsweise der Gastwirt die ihm noch nicht übergebene Bierlieferung zerstört, so wird sie unmöglich, so daß für einen Annahmeverzug kein Raum mehr ist. Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn die Bierlieferung als absolute Fixschuld anzusehen ist.

Anders ist es nur dann, wenn er eine solche zu einem bestimmten Zeitpunkt geschuldete und bereits konkretisierte Bierlieferung lediglich nicht annimmt. In diesem Fall ist der Brauerei, die rechtzeitig geliefert hat, die Leistungshandlung möglich gewesen. Durch die Nichtannahme gerät daher der Gastwirt insoweit zunächst in Gläubigerverzug. Da aber nach dem Willen der Vertragspartner die Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr nachholbar sein soll, wird die geschuldete Leistung infolge des Annahmeverzugs, oder besser der Nichtannahme, unmöglich, ohne daß die Bierlieferung in ihrem Bestand vernichtet wird.

Der den Gläubigerverzug begründende Umstand ist daher bei den absoluten Fixgeschäften gleichzeitig kausal für die Unmöglichkeit der Leistung; bezüglich der Einzellieferung tritt totale, bezüglich der Gesamtheit aller Lieferungen teilweise Unmöglichkeit ein. Den Kaufpreis muß der Wirt nach § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 S. 1 bezahlen, auch wenn er die Nichtannahme nicht verschuldet hat<sup>(1)</sup>.

Soweit es sich bei den wiederkehrenden Leistungen jedoch nicht um absolute Fixschulden handelt - diese Fälle werden in der überwiegenden Mehrzahl sein -, bleibt die einzelne Teilleistung trotz der Nichtannahme zunächst möglich. Sie kann aber dann, wie jede gewöhnliche Leistung, nach Beginn des Gläubigerverzugs durch andere, von diesem unabhängige Umstände unmöglich werden. Das geschieht beispielsweise, wenn die abgelehnte Bierlieferung auf dem Rückweg zur Brauerei vernichtet wird. In einem solchen Fall gilt, wie bei jedem einfachen Schuldverhältnis, der § 324 Abs. 2, so daß der Gastwirt

---

(1) Vgl. oben § 4 2.; ferner O e r t m a n n  
AcP 116 S. 47

den Kaufpreis für die betreffende Lieferung selbst dann bezahlen muß, wenn sie durch leichte Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen der Brauerei untergegangen ist<sup>(1)</sup>.

- b) Dagegen bereitet die Anwendbarkeit des § 324 Abs. 2 bei den kontinuierlich andauernden Leistungen häufig eine Reihe von besonderen Schwierigkeiten.

aa) Dies wird zum Teil dadurch erklärlich, daß die meisten von ihnen, wie bereits oben in § 9 erörtert wurde, absolute Fixschulden sind. Gerade bei den kontinuierlichen Leistungen muß deshalb zuerst besonders sorgfältig unterschieden werden, ob zu dem Zeitpunkt, zu welchem die den Annahmeverzug begründende Handlung des Gläubigers erfolgt, die Leistungshandlung des Schuldners noch möglich ist oder nicht. Um Wiederholungen zu vermeiden, darf in diesem Zusammenhang nochmals auf die oben unter 1. b) gemachten Ausführungen Bezug genommen werden.

- bb) Aus dem auf S.103 angeführten ersten Beispiel wird ferner deutlich, daß der Gläubiger einer möglichen, als absoluter Fixschuld zu erbringenden Dauerleistung insbesondere durch die bloße Ablehnung in Annahmeverzug gerät. Infolge der Ablehnung wird aber, wie ebenfalls bereits erwähnt, eine absolute Fixschuld gleichzeitig auch unmöglich<sup>(2)</sup>.

Dies muß bei Dauerleistungen mindestens im Prinzip genauso gelten wie bei einfachen und wiederkehrenden Leistungen. Demzufolge wird bei ihnen der Leistungserfolg durch bloßen Zeitablauf immer insoweit teilweise unmöglich, als die ablehnende Haltung des Gläubigers fortbe-

---

(1) Vgl. oben § 4 3.

(2) Vgl. oben § 4.

steht. Annahmeverzug und Leistungsunmöglichkeit laufen also anscheinend parallel nebeneinander her, wenn sie sich nicht gar "weitgehend verzahnen und ineinander übergehen"<sup>(1)</sup>.

Das aber scheint dem Prinzip zu widersprechen, wonach Leistungsunmöglichkeit und Gläubigerverzug unvereinbare Gegensätze sind, die einander derart ausschließen, daß immer nur entweder das eine oder das andere vorliegen kann<sup>(2)</sup>. Dies gilt nämlich nach der wohl herrschenden Auffassung nicht nur bei Beginn des Annahmeverzugs. Vielmehr wird aus der Unvereinbarkeit auch häufig gefolgert, daß der Annahmeverzug endet, sobald die Leistung unmöglich wird<sup>(3)</sup>. Besonders deutlich kommt dies bei **T i t z e** zum Ausdruck, wo es heißt:

"Es ist undenkbar, daß auf der einen Seite Annahmeverzug des Gläubigers und gleichzeitig auf der anderen Seite Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners vorliegt. Zwar kann dem Schuldner die Leistung während des Annahmeverzugs unmöglich werden: dann hört aber in dem Augenblick, in welchem die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, der Gläubiger auf, in mora accipiendi zu sein, wodurch natürlich die Tatsache nicht aus der Welt geschafft wird, daß er in Annahmeverzug gewesen ist (4)."

Man könnte deshalb der Meinung sein, daß dieser Grundsatz zwar bei den einfachen und wiederkehrenden, nicht aber bei den kontinuierlichen

---

(1) So das BAG in BAGE 11/202 (207) = NJW 61 S. 381 (382) bezüglich der Arbeitsleitung; vgl. hierzu auch **N i k i s c h** S. 276.

(2) Vgl. oben § 4 1. b) und § 11 1. b).

(3) So **Planck - S i b e r** § 304 Anm. 3 a α;  
**O e r t m a n n**, Vorb. 2 c vor § 293; **Ermann - G r o e p p e r** Vorb. 8 a vor § 293; a. A. **Staudinger - W e r n e r** § 293 Anm. 21.

(4) aaO S. 22 Anm. 38.

Leistungen gilt. Meines Erachtens trägt aber hier nur der äußere Anschein, während sich in Wirklichkeit auch bei den andauernden Fixleistungen Annahmeverzug und Leistungsunmöglichkeit sehr wohl abgrenzen lassen.

Am besten wird dies wiederum an einem Beispiel aus dem Mietvertragsrecht deutlich:

Wenn der Mietgebrauch ab 1. Januar als absolute Fixleistung geschuldet wird, und der Mieter die Annahme am 31. Dezember ablehnt, so kommt er zu Beginn des 1. Januar zunächst in Verzug. Nach Ablauf dieses Tages ist durch die Ablehnung des Mietgebrauchs gleichzeitig die Leistung des Vermieters hinsichtlich der Gebrauchsgewährung für einen Tag unmöglich geworden. Dagegen ist die Leistung für den 2. Januar und die folgenden Tage nach wie vor möglich geblieben. Lehnt der Mieter weiterhin ab, so wird die Leistung in immer größerem Umfang unmöglich. Dies geht so lange fort, bis der Mieter den Gebrauch ausübt oder die Vertragszeit abgelaufen ist. Deshalb sieht es in der Tat zunächst so aus, als verliefen Annahmeverzug und Unmöglichkeit Hand in Hand, denn beide dauern gleich lang.

In Wirklichkeit hinkt aber die Unmöglichkeit sozusagen immer hinter dem Annahmeverzug her. So ist der Mietgebrauch nach Ablauf des 1. Januar für die Zukunft teilweise noch möglich geblieben, nach Ablauf des Vormittags galt das gleiche für den Nachmittag, nach Ablauf der ersten Stunde konnte während der folgenden noch erfüllt werden, und so fort. Dieser Gedankengang läßt sich bis in unendlich kleine Zeiteinheiten hindurch fortführen und dabei wird deutlich, daß die Reihenfolge immer Ablehnung - Gläubigerverzug - Unmöglichkeit - laufen muß.

Der Gläubigerverzug eilt also der Leistungsunmöglichkeit immer eine "juristische Sekunde"

voraus und wird beendet, sobald diese verstrichen ist, aber eben nur insoweit, als die Leistung durch diesen Sekundenzeitablauf unmöglich wird.

Eine solche juristische Sekunde muß übrigens auch bei einer einfachen Fixleistung zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit liegen; denn wenn beide in genau demselben Zeitpunkt eintreten würden, wäre ja nach der absolut herrschenden Meinung für den Annahmeverzug schon deshalb kein Raum mehr, weil die Leistung bereits unmöglich ist. Wenn also in dem oben auf S. 18 genannten Beispiel der Besteller die zum Verzehr bei einer Hochzeitsfeier bestimmte Torte nicht rechtzeitig annehmen würde, so läge nicht Unmöglichkeit infolge Annahmeverzugs, sondern direkte Unmöglichkeit vor mit der Folge, daß der Besteller nach § 323 den Kaufpreis nicht bezahlen müßte, wenn er ohne sein Verschulden an der Annahme verhindert wäre. Dieses Ergebnis würde jedoch der herrschenden Meinung widersprechen<sup>(1)</sup>.

Wenn aber bei einer einfachen Fixleistung die logische Reihenfolge Ablehnung - Beginn des Gläubigerverzugs - Ende des Gläubigerverzugs - Beginn der Unmöglichkeit - lautet, so ist nicht einzusehen, weshalb dies bei einer Dauerleistung anders sein sollte. Die einzige Schwierigkeit, die hier auftaucht, ist die, daß sowohl der Annahmeverzug als auch die Leistungsunmöglichkeit in jedem Zeitpunkt teilweise enden beziehungsweise beginnen. Dadurch wird der Umfang der Leistung, hinsichtlich der der Gläubiger noch in Annahmeverzug geraten kann, mit jedem Augenblick kleiner, während eine juristische Sekunde später der Umfang der Unmöglichkeit im gleichen Maße wächst.

---

(1) Vgl. oben § 4 2. und die dort angegebenen Fundstellen.

Erst wenn man sich dies einmal klar gemacht hat, wird einem bewußt, weshalb bei einem Dauer-schuldverhältnis Gläubigerverzug und Leistungs-unmöglichkeit sozusagen "zusammentreffen" können. Von einem echten Zusammentreffen kann dann näm-lich keine Rede mehr sein. Vielmehr kann der Gläubiger jeweils nur insoweit in Verzug geraten, als die Leistung in der Zukunft noch möglich ist, und die Leistung ist nur insoweit teilweise un-möglich geworden, als sie infolge des Annahme-verzugs in dem bereits verstrichenen Zeitraum nicht erbracht werden konnte.

Auch bei einer dauernden Fixleistung trägt da-her der Gläubiger gemäß § 324 Abs. 2 in Verbin-dung mit Abs. 1 S. 1 grundsätzlich die Preisge-fahr für die auf diese Weise eingetretene teil-weise Unmöglichkeit, ohne daß es darauf ankommt, ob er die den Annahmeverzug begründende Handlung zu vertreten hat oder nicht. Daß es dabei nicht darauf ankommt, ob der Annahmeverzug zu Beginn oder erst während des vorgesehenen Zeitraums des Erfüllungszustands eintritt, wurde bereits oben auf S.105 dargelegt.

- cc) An dieser Stelle erscheint es zweckmäßig, sich der Erörterung des § 552 zuzuwenden, auf den schon oben hingewiesen, dessen genauere Unter-suchung aber wegen der Schwierigkeit der Abgren-zung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug bislang zurückgestellt wurde.

Der § 552 hat folgenden Wortlaut:

"Der Mieter wird von der Entrichtung des Miet-zinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird. Der Vermieter muß sich je-doch den Wert der ersparten Aufwendungen so-wie derjenigen Vorteile anrechnen lassen, wel-che er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauchs erlangt. Solange der Vermieter in-folge der Überlassung des Gebrauchs an einen

Dritten außerstande ist, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren, ist der Mieter zur Entrichtung des Mietzinses nicht verpflichtet."

Die Ähnlichkeit der ersten beiden Sätze dieser Vorschrift mit dem Inhalt des § 324 ist eigentlich augenfällig. Dennoch wird der § 552 fast immer nur als *lex specialis* gegenüber § 323 angesehen<sup>(1)</sup>.

Dieser Auffassung kann jedoch bei näherer Betrachtung nicht gefolgt werden<sup>(2)</sup>.

Der Satz 1 dieser Bestimmung setzt nämlich voraus, daß die Ingebrauchnahme der Mietsache allein aus einem in der Person des Mieters liegenden Grund scheitert. Ob diesen insoweit ein Verschulden trifft, ist gleichgültig<sup>(3)</sup>. Als Beispiele für einen derartigen Hinderungsgrund des Mieters seien genannt: Krankheit oder Abwesenheit wegen einer Reise, Verbüßung einer Freiheitsstrafe, Einziehung zum Wehrdienst, Änderung des Wohnorts und Nichterlangung der zum Betrieb der gemieteten Gastwirtschaft erforderlichen Konzession<sup>(4)</sup>.

Den Gegensatz hierzu bilden alle in der Person des Vermieters liegenden Gründe sowie alle objektiven Umstände, die den Vermieter am Mietge-

- 
- (1) So z. B. Soergel - Siebert § 552 Anm. 1, Staudinger - Kiefersauer § 552 Anm. 1, Kiefersauer - Glaser § 552 Anm. 1, RGRK § 552 Anm. 1 und Palandt - Gram § 552 Anm. 1; a. A. Esser S. 531 unter 2 a, der § 552 für eine Kodifizierung der Sphärentheorie hält.
- (2) Es sei denn, man sieht auch § 324 Abs. 2 als Ausnahmevorschrift gegenüber § 323 an, wie dies z. B. Schoetzu aaO S. 68 tut.
- (3) H. M. vgl. z. B. BGH, NJW 63 S. 341 f, Pergande § 552 Anm. 1.
- (4) Vgl. hierzu Roquette § 552 Anm. 6 f und Staudinger - Kiefersauer § 552 Anm. 2.

brauch hindern<sup>(1)</sup>. Daraus ergibt sich, daß der Vermieter seinerseits zunächst alles getan haben muß, um dem Mieter die tatsächliche Ingebrauchnahme zu ermöglichen. So muß er z. B. die Räumlichkeiten angewiesen oder das Mietfahrzeug zur Abholung bereitgestellt haben<sup>(2)</sup>. Hat er dies getan, so hat er seine Vermieterpflicht erfüllt<sup>(3)</sup>.

Nach der heute herrschenden Annahmeverzugslehre kann daher in einem solchen Fall auch keine Unmöglichkeit vorliegen. Diese hält ja eine Unmöglichkeit nur dann für gegeben, wenn der Schuldner die vorgesehene Mitwirkung des Gläubigers, das ist hier die tatsächliche Ingebrauchnahme, unterstellt - die Leistung nicht erbringen kann<sup>(4)</sup>. Die Nichtausübung des Gebrauchs seitens des Mieters aus einem in seiner Person liegenden Grund ist daher nicht anders zu beurteilen, als der Fall der Nichtannahme eines Angebots bei den einfachen Schuldverhältnissen. Dort gerät z. B. der Käufer durch die Nichtannahme des ihm angebotenen Kaufgegenstands auch

- 
- (1) H. M. Vgl. RGZ 147, 304 (309), BGH in NJW 63 S. 341 f; R o q u e t t e § 552 Anm. 7 und 8 und in Betrieb 62 S. 57, Staudinger - K i e f e r - s a u e r § 552 Anm. 2 und 6.
- (2) Noch weiter geht R o q u e t t e § 552 Anm. 5 und 9, der die vollständige Überlassung der Mietsache für erforderlich hält und deshalb § 552 nicht anwenden will, wenn der Mieter schon zu Beginn der Mietzeit aus persönlichen Gründen an der Übernahme verhindert ist. So wie hier dagegen die h. M., vgl. z. B. Staudinger - K i e f e r s a u e r § 552 Anm. 3 und M i t t e l s t e i n S. 391.
- (3) So P e r g a n d e § 552 Anm. 1, Planck - S i b e r § 552 Anm. 1, L a r e n z II S. 137 f und R o q u e t t e , Betrieb 62 S. 57; vgl. hierzu auch M i t t e l s t e i n S. 391 und R o q u e t t e § 552 Anm. 1 und 10, die darauf hinweisen, daß der Mietzins für die Gewährung des Gebrauchs und nicht für das Gebrauchen seitens des Mieters geschuldet wird.
- (4) Vgl. hierzu oben unter 1. b) bb).

dann in Gläubigerverzug, wenn dies lediglich infolge Krankheit oder Abwesenheit geschieht. Genauso muß es auch hier sein, d. h. auch der Mieter kommt durch die Nichtausübung des Gebrauchs aus einem in seiner Person liegenden Grund zunächst lediglich in Annahmeverzug<sup>(1)</sup> (2).

Da es sich jedoch bei der Gewährung des Gebrauchs regelmäßig um eine absolute Fixschuld handelt<sup>(3)</sup>, hat der Annahmeverzug des Mieters unmittelbar zur Folge, daß die Gebrauchsgewährung unmöglich wird. Diese Unmöglichkeit, die so lange dauert, bis der Mieter den Gebrauch wieder ausübt oder die Mietzeit beendet ist, ist daher unter den gleichen Umständen eintreten, wie sie auch im Falle des § 324 Abs. 2 vorliegen können<sup>(4)</sup>.

Daraus ergibt sich, daß § 552 S. 1, zweiter Halbsatz, als Spezialnorm dem § 324 Abs. 2 vorgeht. Genauso wie der Vermieter bei dieser Rechtslage an sich schon nach § 324 Abs. 1 S. 1 zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet bliebe, wird er auch nach § 552 Abs. 1 S. 1, erster Halbsatz, nicht befreit. Das gleiche gilt im wesentlichen bezüglich der Anrechnung von Vorteilen<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) Auch T i t z e S. 22 Anm. 39 betrachtet § 552 offensichtlich als einen Fall des Annahmeverzugs, wie sich aus dem dortigen Zusammenhang ergibt; ebenso O e r t m a n n AcP 116 S. 47. Ferner nimmt konsequenterweise auch R o q u e t t e § 552 Anm. 9 und Betrieb 62 S. 57 Gläubigerverzug an, wenn der Mieter schon bei Beginn der Mietzeit aus persönlichen Gründen an der Übernahme verhindert ist. Vgl. auch M i t t e l s t e i n S. 391 f und Planck - S i b e r § 552 Anm. 1.
- (2) Darüber, daß dies sowohl zu Beginn als auch später während der Mietzeit geschehen kann, vgl. oben unter 1. c) aa).
- (3) Siehe oben § 9 1. b) aa).
- (4) Siehe oben unter bb).
- (5) Näheres hierzu vgl. unten § 12 b).

Die Erörterung des § 552 S. 3 soll noch ein wenig zurückgestellt werden. Es erscheint nämlich zweckmäßig, auf den Sinn und die Bedeutung dieser Vorschrift erst im nächsten Abschnitt einzugehen, in welchem die Rechtsfolgen untersucht werden, die dann eintreten, wenn die kontinuierliche Leistung des Schuldners nach Eintritt des Gläubigerverzugs aus anderen Gründen unmöglich wird. Zunächst genügt hier die Feststellung, daß der § 552 S. 1 und 2 in den Fällen dem § 324 Abs. 2 vorgeht, in denen die Annahme und Benutzung oder die weitere Benutzung der Mietsache aus Gründen unterbleibt, die in der Person des Mieters liegen.

Dennoch ist auch bei den Mietverhältnissen eine Reihe von Fällen denkbar, in denen der § 324 zur Anwendung kommt.

Dies ist z. B. dann möglich, wenn der Mieter den Gebrauch der Mietsache unberechtigterweise ablehnt, obwohl er ihm vertragsgemäß angeboten wurde und obwohl er nicht persönlich an der Ausübung verhindert ist. In einem solchen Fall gerät er ebenfalls in Annahmeverzug. Da jedoch das bloße Nichtgebrauchenwollen im Gegensatz zum Nichtgebrauchenkönnen nicht unter § 552 fällt<sup>(1)</sup>, ergibt sich die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Mietzinses hier direkt aus § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1<sup>(2)</sup>.

Das gleiche gilt, wenn der Mieter sich zwar bereit erklärt, den Mietgebrauch auszuüben, gleichzeitig aber die Zahlung des Mietzinses verweigert<sup>(3)</sup>.

---

(1) Vgl. R o q u e t t e § 552 Anm. 17.

(2) Siehe hierzu R o q u e t t e § 552 Anm. 9 und M i t t e l s t e i n S. 391.

(3) Siehe § 298.

Außerdem kann der § 552 die Anwendbarkeit von § 324 Abs. 1 S. 1 niemals ausschließen. Wenn beispielsweise der Mieter nach Vertragsschluß, aber vor Beginn der Mietzeit, die Mietsache schuldhaft zerstört, so ist er zu Beginn der Mietzeit nicht nur durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Gebrauchsausübung verhindert, sondern diese ist für jedermann unmöglich geworden. Damit scheidet § 552 aus<sup>(1)</sup>. Die Rechtslage ist daher nach § 324 Abs. 1 zu beurteilen<sup>(2)</sup>.

- dd) Nunmehr ist bei den dauernden Fixleistungen noch die Frage zu klären, welche Rechtslage dann eintritt, wenn die Leistung zu einem Zeitpunkt, in dem sich der Gläubiger in Annahmeverzug befindet, in dem also die oben unter bb) geschilderte Situation gegeben ist, aus einem anderen Grund unmöglich wird. Zu denken ist dabei beispielsweise an den Fall, daß das ab 1. Januar bis 31. Juli vermietete, aber vom Mieter abgelehnte Haus am 1. Februar abbrennt.

In der Lehre und Rechtsprechung ist dieses Problem, soweit ersichtlich, bislang nur innerhalb des Arbeitsvertragsrechts behandelt worden<sup>(3)</sup>. Auf die dort vertretenen Auffassungen wird im dritten Teil noch einzugehen sein<sup>(4)</sup>. Vorerst soll jedoch versucht werden, an Hand der bishe-

---

(1) Vgl. oben S. 114 f, insbesondere S. 115 Anm. 1.

(2) Zur Frage der Anrechnung von Vorteilen vgl. unten § 12 1. b).

(3) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Lehrb. S. 222 sowie in SAE 62 S. 138 und 63 S. 185, Hueck - Nipperdey, Lehrb. S. 328 mit Anm. 14, BAG AP § 615 BGB Nr. 20 mit Anm. von Zöllner.

(4) Vgl. unten § 14 2. a).

rigen Überlegungen diese Frage allgemein für alle Dauerschuldverhältnisse zu lösen. Fest steht jedenfalls, daß - um beim Beispiel zu bleiben - der Mieter den Mietzins für die Zeit vom 1. bis 31. Januar bezahlen muß. Er hätte dies nämlich auch dann tun müssen, wenn das Haus nicht abgebrannt wäre, so daß durch den später eingetretenen Untergang der Mietsache die Rechtslage insoweit nicht mehr geändert werden kann.

Fraglich ist nur, ob der Mieter den Mietzins jetzt auch noch für die Zeit vom 1. Februar bis 31. Juli bezahlen muß. Aufgrund einer oberflächlichen Betrachtung der Situation könnte man zu dem Ergebnis kommen, daß diese Frage aufgrund von § 324 Abs. 2 zu bejahen sei, weil das Haus zu einem Zeitpunkt abgebrannt ist, zu dem sich der Mieter in Annahmeverzug befand. Bei näherer Betrachtung erweist sich dieses Ergebnis jedoch als unrichtig, und zwar aus folgenden Gründen:

Jede kontinuierliche Leistung wird, wie schon von G i e r k e festgestellt hat, auch kontinuierlich fällig<sup>(1)</sup>. Darüber hinaus kann sie naturgemäß auch nur kontinuierlich, d. h. fortlaufend andauernd, erbracht werden. Wenn nun der Schuldner eine solche Dauerleistung erbringen soll, so kann er das zu einem bestimmten Zeitpunkt niemals in vollem Umfange tun, sondern er kann sich praktisch immer nur zum Leistungsbeginn bereiterklären. So kann beispielsweise der Vermieter am 1. Januar zwar die Mietsache anbieten, aber er kann den Gebrauch

---

(1) V o n G i e r k e aaO S. 365 Anm. 10; a. A. Planck - S i b e r § 271 Anm. 1 a, der die Auffassung vertritt, die gesamte Dauerleistung werde bereits bei Beginn des vorgesehenen Vertragszeitraums fällig.

an diesem Tag nicht gleich für den ganzen Vertragszeitraum gewähren, sondern immer nur für den gerade eintretenden Zeitpunkt. Eine Gebrauchsgewährung für den 1. Februar ist daher am 1. Januar gar nicht denkbar, d. h. sie ist im wahrsten Sinne des Wortes unmöglich.

Da aber, wie nun schon mehrmals erwähnt, die Leistungsmöglichkeit eine unabdingbare Voraussetzung für den Annahmeverzug ist, kann der Vermieter durch seine am 1. Januar erfolgende Weigerung bezüglich des am 1. Februar zu gewährenden Mietgebrauchs gar nicht in Gläubigerverzug geraten. Wenn man diesen Gedankengang wiederum bis an die Grenze der erfaßbaren Zeiteinheiten verfolgt, ergibt sich, daß der Vermieter sich immer nur bezüglich jenes Teils der Gebrauchsgewährung in Verzug befinden kann, der gerade im jeweiligen Augenblick erbracht werden könnte. Bezüglich aller in der Vergangenheit abgelaufenen Gewährungszeitpunkte ist, wie soeben unter bb) erörtert, der Annahmeverzug beendet, und bezüglich aller nachfolgenden Zeitpunkte kann er wegen der bestehenden Unmöglichkeit, eine zukünftige Gebrauchsgewährung in der Gegenwart zu erbringen, noch nicht eingetreten sein. Zu dem Zeitpunkt, da das Haus zerstört wird, befindet sich also bei genauer Betrachtung der Sach- und Rechtslage der Mieter gar nicht in Annahmeverzug, so daß er die zukünftigen Mietzinsen auch nicht nach § 324 Abs. 2 zu bezahlen braucht.

Für dieses Ergebnis spricht auch die im § 552 S. 3 für die Mietverhältnisse getroffene gesetzliche Regelung. In dem Moment, in dem der Vermieter die Mietsache anderweitig verwendet, ist er nämlich zur Erbringung des weiteren Mietgebrauchs an den Mieter nicht mehr in der Lage. Dieser kann sich also von diesem Augenblick an bezüglich des zukünftigen Gebrauchs der Mietsache nicht mehr in Annahmeverzug befinden, so

daß er nach § 324 Abs. 2 nicht mehr zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet wäre. Die gleiche Rechtsfolge ist auch im Satz 3 des § 552 ausgesprochen, der bekanntlich selbst dann gilt, wenn der Vermieter für die anderweitige Gebrauchsgewährung keinerlei Entgelt erhält<sup>(1)</sup>, und der somit auch nicht als eine Spezialnorm für die in § 324 Abs. 1 S. 2 enthaltene Vorteilsausgleichung angesehen werden kann.

Damit steht meines Erachtens fest, daß sich der Gläubiger einer kontinuierlichen Fixleistung bezüglich des in Zukunft zu erbringenden Teils niemals in Verzug befinden kann<sup>(2)</sup> und daß er deshalb insoweit auch niemals nach § 324 Abs. 2 die Preisgefahr trägt, wenn die Dauerleistung durch äußere, von seiner Nichtannahme unabhängige, Umstände unmöglich wird<sup>(3)</sup>. Das schließt natürlich nicht aus, daß er für die Unmöglichkeit des zukünftigen Teils der Dauerleistung dann direkt gemäß § 324 Abs. 1 eintreten muß, wenn er sie zu vertreten hat.

ee) Übrig bleiben demnach nur die seltenen Fälle, in denen eine kontinuierliche Leistung nicht

- 
- (1) Roquette, Betrieb 62 S. 58 unter 3; Staudinger - Kieffersauer § 552 Anm. 10; vgl. zum Ganzen auch Mittelstein S. 391 ff (393 f) und Roquette § 552 Anm. 16.
- (2) Schnorr von Carolsfeld, Lehrb. S. 222 unter 5 a B, verfolgt offensichtlich den gleichen Gedanken, geht aber, wie sein dortiges Beispiel zeigt, davon aus, daß ein Arbeitnehmer bereits beim Beginn des Arbeitstages die gesamte Arbeitsleistung für den betreffenden Abschnitt anbieten könne, weil es nicht zumutbar ist, die ganze Zeit herumzustehen (vgl. auch aaO S. 313 unten). Näheres hierzu s. unten § 14 2.
- (3) So im Ergebnis auch BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB, das eine "Beendigung" des Annahmeverzugs annimmt, wenn die Arbeitsleistung unmöglich wird.

als absolute Fixschuld zu erbringen ist.

Auch hier läßt sich die Anwendbarkeit des § 324 Abs. 2 wiederum am besten an Hand eines Beispiels verdeutlichen. Deshalb sei nochmals auf den oben auf S. 82 erwähnten Fall der Miete einer Sommerwohnung eingegangen und dabei angenommen, es sei beiden Vertragspartnern letztlich gleichgültig, ob der Mietgebrauch nun am 1. Juli oder eine Woche später beginnt.

Wenn nun der Vermieter die Sommerwohnung am 1. Juli anbietet, so kommt der Mieter in Verzug, wenn er das Angebot ablehnt. Da die Mietleistung hier jedoch nachholbar ist, hat der Gläubigerverzug zunächst keinerlei Folgen hinsichtlich der Mietzinsen. Was aber geschieht dann, wenn die vermietete Sommerwohnung am 8. Juli abbrennt, ohne daß der Vermieter dies im Sinne von § 300 Abs. 1 zu vertreten hat?

Zuerst ist wiederum zu klären, ob der Mieter für die Zeit vom 1. bis 7. Juli nach § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 S. 1 den Mietzins bezahlen muß. Diese Frage wird man aus folgenden Gründen bejahen müssen:

Der Vermieter war während der abgelaufenen Woche die ganze Zeit über leistungsbereit gewesen. Anders als bei einer absoluten Fixschuld wurde jedoch die Dauerleistung in diesem Fall durch den bloßen Zeitablauf nicht unmöglich, weil sie nach übereinstimmender Meinung der Vertragspartner am Ende der vorgesehenen Mietszeit von 4 Wochen hätte nachgeholt werden können. Deshalb wuchs mit jedem Augenblick der Umfang des Teils der Dauerleistung, hinsichtlich dessen der Mieter in Verzug war. Zu dem Zeitpunkt, in dem die Sommerwohnung abbrannte, lag also auf seiten des Gläubigers Annahmeverzug bezüglich eines 7-tägigen Mietgebrauchs vor. Durch den

Untergang der Mietsache wurde jedoch jede weitere Gebrauchsgewährung und damit auch die Nachholung des 7-tägigen Mietgebrauchs vereitelt. Das bedeutet, daß genau jene Leistung unmöglich wurde, hinsichtlich derer der Mieter sich in Verzug befand. Damit sind die Voraussetzungen des § 324 Abs. 2 gegeben.

Es fragt sich daher nur noch, ob der Mieter auch für die Zeit vom 8. - 28. Juli den Mietzins bezahlen muß. Dieses Problem läßt sich jedoch auf Grund der soeben unter cc) getroffenen Überlegungen ohne besondere Schwierigkeiten lösen. Bezüglich der zukünftigen Gebrauchsgewährung spielt nämlich die Frage, ob diese als absolute Fixschuld geleistet werden sollte oder nicht, keine Rolle. Vielmehr kann sich auch bei einer gewöhnlichen Dauerleistung der Gläubiger immer nur insoweit in Verzug befinden, als der Schuldner im jeweils gegenwärtigen Zeitpunkt zu leisten imstande war und ist. Für einen Annahmeverzug hinsichtlich jenes Leistungsteils, der bislang noch gar nicht erbracht werden konnte, sondern erst in der Zukunft hätte erfolgen sollen, ist daher auch hier wiederum kein Raum.

Die Besonderheit, die hier auftaucht, liegt lediglich darin, daß sich der Gläubiger zu dem Zeitpunkt, in dem die Leistung unmöglich wird, tatsächlich in Annahmeverzug befindet. Dieser erstreckt sich aber eben nicht auf den zukünftigen Leistungsteil, sondern nur auf jene Gebrauchsgewährung, die in der Vergangenheit hätte erbracht werden können, wenn der Gläubiger sie nicht abgelehnt hätte.

Deshalb braucht der Mieter auch im vorliegenden Fall für die Zeit vom 8. - 28. Juli keinen Mietzins zu bezahlen, es sei denn, er habe den Untergang der Mietsache zu vertreten.

Dann haftet er aber nicht nach § 324

Abs. 2, sondern direkt nach § 324 Abs. 1 S. 1.

ff) Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß bei jeder Dauerleistung, die unmöglich wird, während der Gläubiger ihre Annahme verweigert, sorgfältig zwischen den in der Vergangenheit möglich gewesenen und den zukünftigen Leistungsteilen unterschieden werden muß. Bezüglich der letzteren lag wegen der fehlenden Leistungsbereitschaft des Schuldners niemals ein wirksames Angebot vor<sup>(1)</sup>, so daß sich der Gläubiger insoweit auch nie in Annahmeverzug befand. Deshalb kann er auch immer nur für den in der Vergangenheit angebotenen Leistungsteil nach § 324 Abs. 2 haften.

---

(1) Vgl. BAG AP § 615 Nr. 20.

## 2. Abschnitt:

### § 12 Die Rechtsfolgen<sup>(1)</sup>

#### 1. Die Rechtsfolgen des § 324

Über die Rechtsfolgen, die sich aus § 324 Abs. 1 S. 1 und 2 ergeben, wenn bei einem gegenseitigen Dauerschuldvertrag eine wiederkehrende oder kontinuierliche Leistung unter den genannten Umständen unmöglich wird, ist nach all den bisherigen Darlegungen nicht mehr allzuviel hinzuzufügen.

- a) Feststeht jedenfalls, daß der Schuldner auch hier grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Im Falle des Abs. 2 gilt dies allerdings nur für jenen Teil der unmöglich gewordenen Leistung, hinsichtlich dessen sich der Gläubiger tatsächlich in Verzug befand, nicht aber für jenen Teil, den der Schuldner erst in der Zukunft hätte erbringen können und müssen.
- b) Bezüglich der Anrechnung von Vorteilen, die der Schuldner möglicherweise durch die Leistungsbefreiung erlangt oder hätte bei gutem Willen erlangen können, darf im wesentlichen nochmals auf die oben im § 5 unter 2. enthaltenen Ausführungen Bezug genommen werden.
- aa) Bei den Miet- und Pachtverhältnissen tritt allerdings insoweit eine Besonderheit ein, als dort ein Erwerb des Schuldners durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft kaum denkbar ist. Dagegen hat der Vermieter oder Verpächter unter Umständen die Möglichkeit, aus einer anderweitigen Verwendung der Miet- beziehungsweise Pachtsache einen Vorteil zu ziehen. So kann es z. B. geschehen, daß der Vermieter eine Wohnung, die aus

---

(1) Vgl. oben § 5

einem vom Mieter zu vertretenden Grund zeitweilig unbewohnbar geworden ist, bis zur Wiederherstellung als Abstell- und Lagerplatz benutzt, oder daß er einen Büroraum, solange der Mieter die Ingebrauchnahme ablehnt, an einen Dritten vermietet.

Es hieße den Zweck des § 324 Abs. 2 S. 2 verkennen, wenn man in derartigen Fällen lediglich auf Grund des genauen Wortlauts dieser Bestimmung die Anrechenbarkeit der so gewonnenen Vorteile auf den Miet- beziehungsweise Pachtzins verneinen würde. Vielmehr verlangt eine sinngemäße Auslegung dieser Vorschrift, daß bei Miet- und Pachtverhältnissen analog § 552 S. 2 auch die durch eine anderweitige Verwertung des Sachgebrauchs erlangten Vorteile anzurechnen sind<sup>(1)</sup>. Fraglich ist nur, ob sich der Vermieter oder Verpächter im Rahmen des § 324 auch dann etwas auf den Zins anrechnen lassen muß, wenn er eine anderweitige Verwertung des Sachgebrauchs böswillig unterläßt. Im § 552 ist dieser Fall nämlich nicht geregelt. Hieraus könnte man schließen, daß im Miet- und Pachtrecht eine derartige Unterlassung z. B. selbst dann keine Auswirkungen auf den Mietzins zeitigen würde, wenn sie allein in der Absicht der Vermieters, den Mieter zu schädigen, begangen wurde. Demgegenüber wird jedoch in der Lehre und Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß eine solche böswillige im besonderen Maße moralisch nicht zu rechtfertigende, z. B. eine arglistige oder schikanöse, Unterlassung auch im Rahmen des § 552 zu einer völligen beziehungsweise teilweisen Leistungs-

---

(1) Vgl. hierzu Roquette § 552 Anm. 17 und Mittelstein S. 391 f, die § 552 S. 2 im Falle des nicht von § 552 erfaßten Annahmeverzugs ebenfalls analog anwenden.

befreiung des Mieters führt<sup>(1)</sup>. Das gleiche muß daher auch im Rahmen des § 324 gelten<sup>(2)</sup>.

bb) Ferner ist in diesem Zusammenhang bedeutsam, daß sich hinsichtlich des anrechenbaren Erwerbs bei den Dauerschuldverträgen, die eine kontinuierliche Leistung zum Gegenstand haben, zuweilen eine weitere Besonderheit ergibt, die beim Unmöglichwerden einer einfachen oder wiederkehrenden Leistung nicht eintreten kann. Am besten wird auch dies wiederum an dem eben unter aa) genannten Beispiel aus dem Mietvertragsrecht deutlich:

Angenommen, ein Mieter hatte eine Souterrainwohnung für monatlich pauschal DM 250,- gemietet, und dann wurden die Räume für die Dauer eines halben Jahres unbewohnbar, weil durch sein Verschulden Wasser eingedrungen war. Von dem Mietzins, den der Mieter in einem solchen Fall nach § 324 Abs. 1 S. 1 auch während des nächsten halben Jahres bezahlen muß, kann er jedoch gemäß S. 2 dieser Bestimmung zunächst einmal sämtliche in ihm enthaltenen Beträge für Heizung, Strom, Müllabfuhr usw. absetzen, soweit diese nicht trotzdem anfallen. Wenn diese also z. B. einen Betrag von monatlich DM 50,- ausmachen, so braucht der Mieter nur noch DM 200,- pro Monat zu bezahlen.

Was aber geschieht dann, wenn es dem Vermieter gelingt, während des nachfolgenden ersten Monats, in dem ohnehin keine Reparaturen vorgenommen werden können, weil die Wohnung erst austrocknen

---

1) Vgl. z. B. O e r t m a n n § 552 Anm. 2, R G R H § 552 Anm. 2, Palandt - G r a m m § 552 Anm. 3 und Staudinger - K i e f e r s a u e r § 552 Anm. 14 mit weiteren Hinweisen.

2) Zum Begriff der Böswilligkeit vgl. auch oben § 5 2. a) und unten § 14 1. b) cc).

muß, - wenn es also dem Mieter gelingt, während dieser Zeit die Räume an einen Dritten als Lagerplatz für monatlich DM 300,- zu vermieten?

Die Frage, die hier auftaucht, ist folgende: Muß sich nun der Vermieter auf den zu zahlenden Mietzins von insgesamt DM 1.200,- den Gesamtbetrag von DM 300,- anrechnen lassen oder nur jenen Betrag, den der Mieter in dem betreffenden Zeitraum von einem Monat hätte bezahlen müssen, nämlich DM 200,-? Mit anderen Worten: Werden bei einem Dauerschuldvertrag sämtliche angefallenen Ersparnisse und Erwerbungen auf den gesamten Zeitraum umgelegt, während dessen die Dauerleistung unmöglich ist, oder nur auf die Zeitspanne, während der die anderweitige Verwendung der Arbeitskraft stattfindet?<sup>(1)</sup>

Soweit ersichtlich, ist auch dieses Problem bislang nur im Arbeitsvertragsrecht im Zusammenhang mit § 615 erörtert worden. Dort vertritt die absolut h. M. den Standpunkt, die Anrechnung müsse immer auf die gesamte, vom Gläubiger zu erbringende, Gegenleistung erfolgen, es komme also nicht darauf an, in welcher Zeitspanne die Arbeitskraft anderweitig verwendet worden sei<sup>(2)</sup>. Folgt man dieser Auffassung, so muß bei allen Dauerschuldverhältnissen das gleiche gelten<sup>(3)</sup>.

---

(1) Im vorliegenden Beispiel tritt allerdings, wie oben unter aa) erörtert wurde, an die Stelle der anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft die anderweitige Verwertung des Gebrauchs, so daß insoweit sich die Anrechnung analog § 552 S. 2, zweite Alternative in Verbindung mit § 324 Abs. 1 ergibt. Dies ändert jedoch nichts am Prinzip der Fragestellung.

(2) Vgl. z. B. RGZ 58 S. 402 (404) und Hueck - Nipperdey S. 327 mit weiteren Hinweisen.

(3) Zu den Bedenken hierzu vgl. oben § 5 2. a).

## 2. Weitere Rechtsfolgen

Die Frage, ob dann, wenn eine wiederkehrende oder dauernde Leistung unter den genannten Umständen unmöglich wird, noch weitere über den § 324 hinausgehende Rechtsfolgen eintreten, braucht eigentlich angesichts des gestellten Themas nicht erörtert zu werden. Im Hinblick auf die zukünftige Gestaltung der Dauerschuldverträge kommt ihr, wie schon mehrfach angeklungen ist<sup>(1)</sup>, zwar eine besondere Bedeutung zu, es würde aber zu weit führen, im Rahmen dieser Arbeit auf alle Einzelheiten näher einzugehen. Deshalb soll insoweit ein kurzer Überblick genügen.

- a) Erwähnt sei hierbei zunächst, daß der teilweise vertretenen Auffassung, bei nachträglich eintretender dauernder Unmöglichkeit der einen Leistung sei immer ein Grund zur sofortigen Kündigung gegeben<sup>(2)</sup>, nur mit Einschränkungen zugestimmt werden kann. Hat nämlich der Gläubiger diese völlige oder teilweise Unmöglichkeit im Sinne von § 324 Abs. 1 zu vertreten, so wird man ihm nicht ohne weiteres auch noch einen Grund zur fristlosen Kündigung zubilligen können<sup>(3)</sup>. Im Hinblick auf sein bisheriges Verhalten wird man ihm vielmehr zumuten dürfen, zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am Vertrag festzuhalten. Gelegentlich kann es in einem solchen Fall der teilweisen Unmöglichkeit jedoch vorkommen, daß nunmehr

---

(1) Vgl. oben S. 61 ff und S. 88.

(2) So z. B. M o l i t o r S. 266.

(3) Bezüglich der Miete vgl. hierzu M i t t e l -  
s t e i n S. 328, insbes. Anm. 85 ff,  
O e r t m a n n § 542 Anm. 2, Staudinger -  
K i e f e r s a u e r § 542 Anm. 33, die bei  
einem Verschulden des Mieters die Anwendbarkeit  
des § 542 verneinen. Ebenso auch schon § 529  
Abs. 1 des 1. Entwurfs zum BGB.

dem Schuldner die Fortsetzung des Vertrags, d. h. die Erfüllung des noch möglichen Teils der Leistung, unzumutbar wird. Damit ist dieser zur sofortigen Kündigung berechtigt<sup>(1)</sup>.

Wenn also der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat, hat in der Regel allenfalls der Schuldner einen Grund zur fristlosen Kündigung.

- b) Für die Fälle der vorzeitigen Beendigung des gesamten Dauerschuldvertrags infolge der nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit ist ferner zu beachten, daß hierdurch die Anwendbarkeit des § 324 nicht gänzlich ausgeschlossen wird.

Dies ergibt sich daraus, daß sich die Wirkung der vorzeitigen Beendigung nur auf die Leistungsteile erstreckt, die bei ungestörtem Ablauf des Vertrags in der Zukunft zu erbringen gewesen wären<sup>(2)</sup>. Für den bis zum Beendigungszeitpunkt noch verstreichen- den Zeitraum bleibt es daher bei der in § 324 getroffenen Regelung.

Wenn also der Schuldner den Vertrag vorzeitig kündigt, weil der Gläubiger die Leistung teilweise unmöglich gemacht hat, so kann er dadurch immer nur den Teil des Gegenanspruchs verlieren, der das Entgelt für die Zeit nach der Aufhebung des Vertrags bildet, während ihm das bis dahin geschuldete Entgelt nach § 324 Abs. 1 verbleibt<sup>(3)</sup>.

- c) Hierdurch werden jedoch die weitergehenden Ansprüche des Schuldners gegen den Gläubiger nicht ausgeschlossen. Der letztere ist insbesondere zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dadurch entsteht, daß die schuldnerische Leistung infolge der von ihm zu vertretenden Umstände unmöglich geworden ist.

---

(1) Vgl. Planck - S i b e r § 324 Anm. 4.

(2) Vgl. oben § 6 unter 4.

(3) Vgl. Planck - S i b e r § 324 Anm. 4.

Wenn also z. B. das vermietete Auto durch Verschulden des Mieters einen Totalschaden erlitten und der Vermieter daraufhin den Vertrag fristlos gekündigt hat, so kann dieser zunächst den Wert des Fahrzeugs aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung und der unerlaubten Handlung ersetzt verlangen. Die Wertberechnung richtet sich dabei nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der fristlosen Kündigung, weil der Mieter die Sache gemäß § 556 sofort zurückgeben müßte, wenn er dazu noch in der Lage wäre.

Die Schadensersatzpflicht des Gläubigers besteht aber im Fall der fristlosen Kündigung nicht nur hinsichtlich des bis zum Kündigungszeitpunkt bereits eingetretenen, sondern auch hinsichtlich des späteren, insbesondere des durch die Kündigung selbst veranlaßten Schadens. Dazu gehört auch der dem Schuldner hierdurch entgehende Gewinn. Dies ergibt sich daraus, daß das die Ersatzpflicht begründende Ereignis zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, als der Vertrag noch als dauernder bestand<sup>(1)</sup>.

Der Mieter muß daher im obigen Beispiel den Mietausfall abzüglich der Eigensparnisse des Vermieters bis zu dem Zeitpunkt ersetzen, in dem der Vermieter ein entsprechendes Ersatzfahrzeug angeschafft hat.

---

(1) Vgl. hierzu bezüglich der Mietverhältnisse für den Fall der fristlosen Kündigung wegen fortgesetzten vertragswidrigen Gebrauchs Roquette § 553 Anm. 20, Mittelstein S. 379, Staudinger - Kiefersauer § 553 Anm. 18; Pergande § 553 Anm. 8 und RGRK § 553 Anm. 6.

Dritter Teil:

Der § 324  
beim Arbeitsverhältnis

Die §§ 320 ff, also auch der § 324, sind zunächst auf die rein vermögensrechtlichen Beziehungen der Parteien innerhalb der obligatorischen gegenseitigen Verträge abgestellt. Der Arbeitsvertrag enthält jedoch bekanntlich eine Reihe von personenrechtlichen Austrahlungen, die über die auf Austausch von Lohn und Arbeit gerichteten Pflichten hinausgehend einen weiteren Pflichtenkreis der Vertragspartner schaffen, der letztlich die gesamte Rechtsnatur dieses besonderen Vertragstyps beeinflusst. Die Anwendbarkeit der §§ 320 ff im Rahmen des Arbeitsvertrags ist deshalb seit langem umstritten. Um diese Frage hinsichtlich des § 324 prüfen zu können, ist daher zunächst eine Erörterung des Wesens des Arbeitsvertrags erforderlich. Dabei sollen die sogenannten personenrechtlichen Elemente eine besondere Beachtung erfahren, weil sie bei einer Reihe von Dauerschuldverhältnissen ebenfalls auftreten<sup>(1)</sup>.

## I. Kapitel

### § 13 Der Arbeitsvertrag

#### 1. Allgemeines

Die Literatur über den Begriff und das Wesen von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis ist kaum noch überschaubar<sup>(2)</sup>. Schon aus diesem Grund würde es zu weit führen, auf all die verschiedenen Meinungen und Theorien einzugehen, die hierzu entwickelt wurden und zum Teil heute noch vertreten werden. Es soll daher genügen, an Hand der heute fast unbestritten

---

(1) Vgl. oben § 6 2. e).

(2) Zustimmend Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 113, vgl. auch die dort angegebenen zahlreichen Fundstellen.

herrschenden Vertragstheorie<sup>(1)</sup> die wichtigsten Grundzüge über die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses darzustellen.

Das Arbeitsverhältnis ist jenes Rechtsverhältnis, das auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer über die zu leistenden Dienste einerseits und die zu zahlende Vergütung andererseits besteht<sup>(2)</sup>. Dies wird heute auch von N i k i s c h anerkannt<sup>(3)</sup>.

An die Stelle des begründenden Arbeitsvertrags kann allerdings auch in bestimmten Fällen ein Zwangsvertrag treten, bei dem die freie Vereinbarung der Partner durch einen behördlichen Gestaltungsakt ersetzt wird. Dies ist insbesondere in den Fällen des § 10 SchwBeschG möglich.

Dagegen werden die Fälle, in denen kein gültiger Arbeitsvertrag vorliegt, wo aber dennoch, z. B. auf Grund eines nichtigen Arbeitsvertrags, tatsächlich Arbeit geleistet wird, zur besseren Verdeutlichung heute meist als faktische<sup>(4)</sup> oder als De-facto-

---

(1) Auch N i k i s c h und S i e b e r t haben inzwischen ihre Eingliederungstheorie erheblich modifiziert und können heute wenigstens auf mehreren Teilgebieten zu den Anhängern der Vertragstheorie gezählt werden. Zur Auffassung von S i e b e r t vgl. "Faktische Vertragsverhältnisse" S. 68 ff.

(2) Vgl. H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 114, dieselben Grundriß S. 40, S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d S. 123 f und 160 f, Staudinger - M o h n e n , Vorb. 300 vor § 611, Bobrowski - G a u l S. 82, S c h o e t z a u S. 20. M a u s aaO I. Teil S. 32 bezeichnet dieses Rechtsverhältnis als Arbeitsvertragsverhältnis, während er das eigentliche Arbeitsverhältnis erst dann als gegeben ansieht, wenn der Arbeitnehmer im Betrieb eingegliedert ist.

(3) Lehrb. S. 164 und Vorwort S. VIII, sowie in RdA 60 S. 4.

(4) So z. B. H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 114, N i k i s c h Lehrb. S. 172 f.

Arbeitsverhältnisse<sup>(1)</sup> bezeichnet.

## 2. Einzelheiten

- a) Die Schwierigkeiten, die Rechtsnatur des Arbeitsvertrags zu qualifizieren, beginnen schon bei der Frage, ob er überhaupt zu den privatrechtlichen Verträgen gehört.
- Bislang wird dies von der h. M. nach wie vor bejaht<sup>(2)</sup>, weil sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim Abschluß des Vertrags als gleichberechtigte Privatpersonen gegenüberstehen, und zwar auch dann, wenn der erstere eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist<sup>(3)</sup>. Hieran muß nämlich eine Eingliederung in das öffentliche Recht von vornherein scheitern, obwohl der Inhalt des Arbeitsverhältnisses letztlich durch eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die insbesondere dem Schutz des Arbeitnehmers dienen, mitbestimmt wird<sup>(4)</sup>.

Aber schon seit langen Jahren sind immer wieder Zweifel laut geworden, ob die Privatrechtsdogmatik dem Wesen des Arbeitsrechts überhaupt gerecht zu

---

(1) S c h n o r r   v o n   C a r o l s f e l d  
S. 150.

(2) So ausdrücklich H u e c k - N i p p e r d e y Lehrb. S. 128, Staudinger - M o h n e n Vorb. 34 vor § 611, Bobrowski - G a u l S. 82 Rd. Nr. 4, M a y e r - M a l y JZ 61 S. 205 ff, B e i t z k e JBl. 59 S. 153 ff, S c h o e t z a u S. 12, S c h o l z S. 1, BAGE 5 S. 58 (65).

(3) Hierin liegt der Unterschied zum öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis, das auf Grund eines Hoheitsaktes in einem förmlichen Verwaltungsverfahren begründet wird.

(4) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y Lehrb. S. 128.

werden vermag<sup>(1)</sup>. Dennoch mußte bislang jede konstruktive Kritik daran scheitern, daß an dem Einteilungsschema Privatrecht - öffentliches Recht festgehalten wurde. Solange dies nämlich der Fall war, mußte auch den besten Argumenten letztlich eine völlige Anerkennung zwangsläufig versagt bleiben.

Nunmehr hat S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d als erster den entscheidenden Schritt getan und dem Arbeitsrecht einen eigenen und eigenständigen Platz zugewiesen, der jenseits des Privatrechts und diesseits des öffentlichen Rechts liegt<sup>(2)</sup>. Die konsequente Art seiner Beweisführung, auf die hier im einzelnen nicht näher eingegangen werden kann, wirkt bestechend.

Wenn daher im folgenden zunächst seine Auffassung von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts in den Hintergrund treten soll, so geschieht dies weniger wegen etwaiger Bedenken als vielmehr aus rein praktischen Gründen.

Der erste von ihnen ist die Formulierung des hier zu behandelnden Themas. Aus ihr läßt sich nämlich inzidenter entnehmen, daß die Zugehörigkeit des Ar-

---

(1) Vgl. hierzu vor allem D e r s c h RdA 58 S. 441 ff und B e i t z k e JBl 59 S. 153 ff mit zahlreichen Hinweisen, R a m m aaO und S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d AcP 156 S. 468; aber auch schon P o t t h o f f ArbR 1922 Sp 267 ff, insbes. 276, wo es heißt: "Das Arbeitsrecht ist kein Teil des Schuldrechts, sondern ein Personenrecht, und muß neben dem Familienrecht und dem Beamtenrecht einen besonderen Abschnitt des Gesetzesrechts bilden."

(2) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d in RdA 64 S. 297 ff; anders z. B. M a y e r - M a l y , JZ 61 S. 205 ff.

beitsvertrags zu den Dauerschuldverhältnissen stillschweigend als vorausgesetzt gelten soll. Dies allein würde natürlich noch nicht ausreichen, die Meinung von Schnorr von Carolsfeld einfach beiseitezulassen - was auch gar nicht geschehen soll (denn es wird später noch darauf zurückzukommen sein), aber es erscheint durchaus sinnvoll, das Arbeitsrecht vom Blickwinkel der Zivilrechtsdogmatik her zu sehen, auch wenn man seiner Meinung folgt. Der Grund hierfür liegt einmal darin, daß sich das Arbeitsrecht zunächst nur im Rahmen des Zivilrechts, nämlich des Dienstvertragsrechts, entwickeln konnte, weil jede andere gesetzliche Grundlage fehlte. Die heutige Emanzipation ändert daher nichts daran, daß es in seinen Ursprüngen dem Privatrecht zuzuzählen ist. Hieraus ergibt sich zum anderen, daß das Arbeitsrecht von jeher ein Motor zur Fortbildung des gesamten Zivilrechts war und dies sicherlich auch in Zukunft bleiben wird<sup>(1)</sup>; man denke nur an die Sphärentheorie, die von hier ihren Ausgang nahm.

Schließlich sei noch erwähnt, daß de lege lata zwangsläufig ein Konflikt zwischen Gesetzestreue und Rechtsbewußtsein auftreten muß, der bisher viele Dogmatiker dazu veranlaßte, trotz aller Einwände am privatrechtlichen Charakter des Arbeitsrechts festzuhalten, solange eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt<sup>(2)</sup>.

---

(1) Vgl. hierzu Schnorr von Carolsfeld, Lehrb. S. 14, und Mayer - Maly JZ 61 S. 209.

(2) Hueck - Nipperdey, Lehrb. S. 136 und Grundriß S. 44, sowie Beitzke JBl 59 S. 153 ff; vgl. auch früher Schnorr von Carolsfeld, Lehrb. S. 160 ff, ferner Nikisch S. 158 ff, Kaskel - Dersch S. 21 ff und viele andere, die alle vom Zivilrecht ausgehen.

Nach all dem erscheint es durchaus legitim, den Arbeitsvertrag vom Blickwinkel des Privatrechts aus näher zu untersuchen. Dies hat immerhin den Vorzug, daß die Einheitlichkeit der vorliegenden Untersuchung gewahrt werden kann, wodurch sich Rückschlüsse auf eine Reihe anderer Dauerschuldverhältnisse ziehen lassen. Der Nachteil, der durch eine solche Betrachtungsweise eintritt, ist allerdings eine gewisse Einseitigkeit, die bei der Rechtsfindung im Einzelfall nicht außer acht gelassen werden darf<sup>(1)</sup>.

- b) Vom Standpunkt des Zivilrechts aus kann der Arbeitsvertrag jedenfalls als die wichtigste Unterart des in den §§ 611 ff. geregelten Dienstvertrags angesehen werden<sup>(2)</sup>.

Vom eigentlichen Dienstvertrag des selbständig Tätigen unterscheidet er sich durch das Moment der persönlichen wirtschaftlich und sozialen Abhängigkeit, in die sich der (unselbständige) Arbeitnehmer im Gegensatz zum (selbständigen) Dienstverpflichteten begibt.

Die Grenze zwischen diesen beiden Vertragsarten läßt sich zuweilen nur schwierig erkennen; denn auch beim ersteren kann im Einzelfall eine gewisse persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten vom Dienstberechtigten vorhanden sein. Vom Zivilrecht her betrachtet kann daher der Unterschied zwischen beiden Vertragstypen nur als graduell, nicht aber als wesensmäßig bezeichnet werden.

---

(1) Vgl. hierzu Schnorr von Carolsfeld RdA 64 S. 397 ff., insb. S. 304 unter 3 a.

(2) So Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 134 f, Nikisch S. 159, Kaskel - Dersch S. 21, Bobrowski - Gaul S. 82; RAG ARS 13 S. 480, BGHZ 10 S. 187 (190); Schnorr von Carolsfeld (Lehrb. S. 9 und 160 f) setzte früher den Arbeitsvertrag dem Dienstvertrag gleich.

- c) Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber, die der BGB-Gesetzgeber weitgehend unberücksichtigt ließ, wurde im Laufe der vergangenen Jahrzehnte von Lehre und Rechtsprechung immer stärker betont. Gleichzeitig wurde erkannt, daß auch der Arbeitgeber durch die dauernde Verbindung mit dem Arbeitnehmer notwendigerweise in eine engere Beziehung zu diesem tritt.

Hieraus wurde dann die besondere Verpflichtung der Beteiligten zur gegenseitigen Treue und insbesondere der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abgeleitet, was dann alsbald zur Lehre von der "personenrechtlichen Bindung" führte<sup>(1)</sup>. So wies beispielsweise schon v o n G i e r k e darauf hin, daß das Arbeitsverhältnis in dem Maße, in dem es die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers ergreife, personenrechtliche Elemente in sich aufnehme, und daß daher der Arbeitsvertrag über die schuldrechtlichen Beziehungen hinaus ein personenrechtliches Verhältnis begründe<sup>(2)</sup>.

Diese Auffassung wird auch heute noch von der überwiegenden Mehrheit der am Privatrechtscharakter des Arbeitsvertrags festhaltenden Judikatur und Lehre vertreten. Demzufolge wird das Arbeitsverhältnis häufig als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" und der Arbeitsvertrag als "gemeinschafts-

---

(1) Zur geschichtlichen Entwicklung s. vor allem Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 128 f mit zahlreichen Hinweisen.

(2) Vgl. z. B. Jh. Jahrb. 64 S. 409.

begründender Vertrag" bezeichnet<sup>(1)</sup>.

Hierin liegt allerdings eine gewisse Gefahr, die besonders in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 10 S. 187 (190) offenkundig wird.

Dort ist nämlich ausgeführt:

"Während der Dienstvertrag des selbständig Tätigen als ein auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtetes Schuldverhältnis angesehen wird, ... betrachtet man das Arbeitsverhältnis als ein auf der Treuepflicht des Beschäftigten und der Fürsorgepflicht des Unternehmers beruhendes personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das zwar einige schuldrechtliche Elemente aufweist ..."

Der BGH vertritt also die Auffassung, daß das Arbeitsverhältnis ein Privatrechtsverhältnis sui generis sei, das nicht zu den Schuldverhältnissen gerechnet werden könne, obwohl es einige schuldrechtliche Elemente enthalte. Diese Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses, die sich ganz auf dem Boden des Zivilrechts bewegt<sup>(2)</sup>, war bereits im Dritten Reich unter Anlehnung an § 1 Abs. 1 AOG

- 
- (1) Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 129, Kaskel - Dersch S. 19 und 113, Bobrowski - Gaul S. 182, Dersch RdA 58 S. 441, Dencke in RGRK Vorb. 1 vor § 611; RAG ARS 40 S. 286, BAG AP Nr. 2 zu § 616, BGHZ 10 S. 187 (190) und 21 S. 114; BVerfG 3 S. 176. Nikisch S. 163 bejaht ebenfalls die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses als Gemeinschaftsverhältnis; nach seiner Auffassung wird dieses jedoch nicht schon durch den Arbeitsvertrag begründet, sondern entsteht erst mit der Eingliederung in den Betrieb.
- (2) Hierin liegt der grundlegende Unterschied zur Auffassung von Schnorr von Carolsfeld (RdA 64 S. 297 ff), der nicht nur von den "personenrechtlichen Elementen" ausgeht, sondern alle denkbaren Komponenten, insbesondere auch die öffentlich-rechtlichen, in seine Erwägungen miteinbezieht und die als Teile zu einem eigenständigen, außerhalb des Privatrechts liegenden Ganzen vereinigt.

besonders stark betont worden<sup>(1)</sup>. Da sie praktisch auf eine generelle Abkehr vom Schuldrecht hinausläuft, führte sie dazu, daß ein Teil der Lehre den Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses ablehnte<sup>(2)</sup>.

Letztlich dürfte diese Auffassung, die der BGH vermutlich ohne eine nochmalige Prüfung übernahm<sup>(3)</sup>, auf einer wesentlichen Überschätzung oder gar Verken- nung der dogmatischen Funktion dieses Begriffs beruhen. Die Vorstellungen über das, was mit den Worten "personenrechtliches Rechtsverhältnis", "Gemeinschaftsverhältnis" und "personenrechtlicher Charakter" gemeint ist, gehen nämlich weit auseinander. Das hat zur Folge, daß diese Bezeichnungen in Lehre und Rechtsprechung in sehr verschiedenem Sinn gebraucht werden<sup>(4)</sup>. Eine dogmatische exakte Definition ist bis zum heutigen Tage nicht recht gelungen, obwohl B e i t z k e schon vor bei- nahe 20 Jahren darauf hingewiesen hat, daß trotz mannigfaltiger Bemühungen der Begriff des personen-

- 
- (1) Vgl. RAG ARS 33 S. 172, 37 S. 230, 40 S. 286, 41 S. 43. Andeutungen in dieser Richtung finden sich teilweise in der Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG E 1 S. 107.
- (2) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 161, Staudinger - M o h n e n Vorb. 10 und 34 vor § 611, M a v r i d i s RdA 56 S. 444 ff, M o h n e n RdA 57 S. 365 f, R a m m aaO S. 18 ff, F a r t h m a n n RdA 60 S. 5 ff, S c h o e t z a u S. 15 und andere.
- (3) So auch N i k i s c h S. 162 Anm. 20; im da- mals anhängigen Rechtsstreit handelte es sich nämlich um den Dienstvertrag eines Selbständigen, so daß sich der BGH mit dieser Frage nur am Rande zu befassen brauchte.
- (4) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y Lehrb. S. 130 f, wo eine ganze Anzahl von verschiedenen Auffassun- gen zitiert ist.

rechtlichen Rechtsverhältnisses, insbesondere gegenüber dem Schuldrecht, noch nicht klar herausgestellt sei<sup>(1)</sup>.

Eine eingehende Erörterung dieses Problems ist hier nicht möglich und letztlich auch nicht erforderlich. In Wirklichkeit sind nämlich die abweichenden Auffassungen in der neueren Literatur und Rechtsprechung häufig gar nicht so weit voneinander entfernt wie dies zunächst den Anschein hat. So geben auch jene, die den Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses ablehnen, ohne Vorbehalte zu, daß beim Arbeitsverhältnis über die Verpflichtung zur Arbeitsleistung beziehungsweise Lohnzahlung hinaus mannigfaltige Treue- und Fürsorgepflichten vorhanden sind. Andererseits wollen die meisten Befürworter dieses Begriffs damit lediglich der Existenz dieser besonderen Pflichten in einem bestimmten Maße Ausdruck verleihen<sup>(2)</sup>. Da die Bezeichnung "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" jedoch leicht dazu verleitet, eine echte Gemeinschaft im rechtlichen Sinn anzunehmen, und überdies seit der Zeit des Nationalsozialismus mit einem gewissen Odium behaftet erscheint, dürfte es besser sein, ganz auf sie zu verzichten.

- d) Auf diese Weise würde gleichzeitig die Gefahr jenes Mißverständnisses gebannt, dem auch der Bundesgerichtshof in seiner obengenannten Entscheidung erlegen ist. Bei dem Wort "personenrechtlich" denkt man nämlich unwillkürlich zunächst an ein Gebiet des Zivilrechts, das im Gegensatz zum schuldrechtlichen steht.

---

(1) B e i t z k e aaO S. 9, zustimmend auch S i e - b e r t RdA 58 S. 366, F a r t h m a n n RdA 60 S. 5 und H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 130 Anm. 9 a.

(2) Vgl. H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 131 unter e.

In Wirklichkeit liegt jedoch die systematische Erfassung des personenrechtlichen Elements auf einem ganz anderen Gebiet, auf das vor allem F a r t h m a n n hingewiesen hat<sup>(1)</sup>:

Im Gegensatz zu den auf Sachleistungen gerichteten Schuldverhältnissen, wie z. B. den Kauf- und Tauschverträgen, wird beim Arbeitsvertrag nicht ein Gegenstand, sondern die Arbeitskraft eines Menschen geschuldet. Da diese von seiner Person nicht zu trennen ist, muß sich der Arbeitnehmer ganz in den Dienst des Arbeitgebers stellen und wird dadurch in einem Teil seiner Persönlichkeitsentfaltung erfaßt. Dies ist die eigentliche Ursache für die mannigfaltigen besonderen Fürsorge- und Treuepflichten.

Deshalb bezeichnet F a r t h m a n n das Arbeitsverhältnis als "personenbezogenes" Schuldverhältnis und stellt ihm die "sachbezogenen" Schuldverhältnisse, wie den Kauf, Tausch usw., gegenüber<sup>(2)</sup>. Der entscheidende rechtssystematische Gegensatz lautet daher nicht: Schuldverhältnisse und personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse, sondern Schuldverhältnisse, die ausschließlich Vermögensobjekte zum Gegenstand haben, und solche, die menschliche Dienste zum Gegenstand haben<sup>(3)</sup>.

Daraus ergibt sich, daß der Arbeitsvertrag, soweit man ihn als privatrechtlichen Vertrag ansieht, trotz seines starken personenrechtlichen Elements, genau wie der Dienstvertrag des Selbständigen zu den schuldrechtlichen Verträgen gerechnet werden

---

(1) RdA 60 S. 7 ff.

(2) aaO S. 8; ebenso Erman - K ü c h e n h o f f  
Vorb. 1 vor § 611.

(3) Die Brücke zwischen diesen beiden Arten dürfte der Mietvertrag bilden, da hier auf seiten des Mieters neben der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses die besonders personenbezogene Pflicht zur Obhut über die Mietsache tritt (vgl. hierzu L a n g e AcP 145 S. 135).

muß. Dies wird heute zumindest von der Lehre auch allgemein anerkannt<sup>(1)</sup>.

- e) Der Arbeitsvertrag kann ferner als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff BGB angesehen werden<sup>(2)</sup>. Dies folgt daraus, daß er trotz der besonderen Treue- und Fürsorgepflichten in erster Linie auf der Verpflichtung der Vertragspartner zur Arbeitsleistung beziehungsweise Lohnzahlung beruht.

Diese beiden wichtigen Leistungen stehen zueinander in einem echten synallagmatischen Verhältnis<sup>(3)</sup>; denn die Arbeit wird um des Lohnes willen verrichtet und dieser wird für die Arbeit gezahlt. Damit sind beide Verpflichtungen gegenseitig voneinander abhängig, ja mehr noch, es handelt sich insoweit sogar um ein typisches Austauschverhältnis. Dies hat auch das Bundesarbeitsgericht anerkannt<sup>(4)</sup>.

---

(1) Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 162, Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 132, Nikisch S. 161, 164, Staudinger - Mohren Vorb. 34 vor § 611 und aaO Neumann § 611 Anm. 14, Siebert aaO S. 84; vgl. ferner Fikentscher S. 241, Bobrowski - Gaul S. 82 und Gumpert BB 63 S. 397. In der Rechtsprechung wird der schuldrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses besonders betont in BAG AP Nr. 14 zu § 56 Betr. Verf. G., BAG in NJW 54 S. 1904 und NJW 55 S. 78.

(2) Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 162 und 206, Hueck - Nipperdey S. 133, Nikisch S. 161, Staudinger - Neumann § 611 Anm. 19, Schoetzel S. 18f, besonders ausführlich auch Schweigmann S. 27 ff.

(3) Näheres hierzu vgl. oben S. 8 ff.

(4) BAG AP Nr. 14 zu § 56 Betr. Verf. G. und großer Senat des BAG in AP Nr. 21 zu § 616 unter B IV.

Die Zuordnung des Arbeitsvertrags zu den gegenseitigen Verträgen wird durch die darüber hinaus bestehenden Fürsorge- und Treuepflichten nicht generell ausgeschlossen; denn es gehört nicht zum Wesen eines synallagmatischen Vertrags, daß sämtliche aus ihm entspringenden Pflichten zueinander im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen. Dies ist vielmehr nur bei mindestens zweien der Leistungspflichten erforderlich<sup>(1)</sup>. Allerdings darf das personenrechtliche Element auch vom Standpunkt des Zivilrechts aus bei der Frage der Anwendbarkeit der §§ 320 ff nicht völlig unberücksichtigt bleiben.

- f) Schließlich kann der Arbeitsvertrag nach den oben in § 6 enthaltenen Darlegungen auch zu den Dauerschuldverträgen gerechnet werden<sup>(2)</sup>. Geht man von der herrschenden Vertragstheorie aus, so ergibt sich dies in erster Linie aus der Arbeitsleistung. Bei ihr handelt es sich nämlich schon naturgemäß um eine Leistung, deren Erfolg nur während eines Zeitraums eintreten kann. Während der Arbeitszeit erfüllt der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht in jedem Augenblick. Während der Ruhepausen und außerhalb der Arbeitsschichten wird die Leistung unterbrochen, um mit Wiederaufnahme der Arbeit von neuem zu beginnen. Es handelt sich also um eine Kombination von dauernder und wiederkehrender Leistung<sup>(3)</sup>. Ihr steht der Arbeitslohn als re-

---

(1) L a r e n z I. S. 208, H u e c k - N i p p e r d e y Lehrb. S. 133 Anm. 20.

(2) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 162, H u e c k - N i p p e r d e y Lehrb. 134, v o n G i e r k e S. 395, B e i t z - k e S. 29 ff, N i k i s c h S. 165, S c h o e t z a u S. 12.

(3) So auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 162 (vgl. hierzu oben § 7 c)).

gelmäßig wiederkehrende Leistung gegenüber<sup>(1)</sup>. Vom Standpunkt der Eingliederungstheorie aus gesehen gehört das Arbeitsverhältnis zu jenen Dauer-schuldverhältnissen, die wie die Miete auf Herstellung und Aufrechterhaltung eines Zustands gerichtet sind, und hat daher nur eine einzige kontinuierlich andauernde Leistung, nämlich die ununterbrochene Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb des Arbeitgebers, zum Gegenstand<sup>(2)</sup>.

---

(1) Auf die zahlreichen zwischen den einzelnen Schichten und auch in der Urlaubszeit bestehenden Nebenpflichten und Obliegenheiten der Vertragspartner braucht in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden, weil sie zur Qualifizierung eines Schuldverhältnisses als dauerndes nicht herangezogen werden können (vgl. hierzu oben § 6 unter 2.).

(2) N i k i s c h S. 165.

## II. Kapitel

### Die Anwendbarkeit des § 324

#### 1. Abschnitt: Grundsätzliches

Die Frage der Anwendbarkeit des § 324 im Arbeitsvertragsrecht ist, wie bereits erwähnt, jahrzehntelang heftig umstritten gewesen.

Dieser Streit entzündete sich vor allem an der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts. Während dieses zunächst die §§ 323 ff nahezu uneingeschränkt auf das Arbeitsverhältnis angewandt hatte<sup>(1)</sup>, vertrat es später die Sphärentheorie. In seiner berühmt gewordenen Entscheidung in ARS 37 S. 320 ff (326 ff) kam es dann schließlich zu dem Ergebnis, die §§ 323 ff seien wegen der besonderen Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses, insbesondere wegen seines sich aus den Fürsorge- und Treuepflichten ergebenden personenrechtlichen Charakters grundsätzlich überhaupt nicht anwendbar. Obwohl diese Auffassung von seiten der Lehre heftig bekämpft wurde<sup>(2)</sup>, hielt das Reichsarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung daran fest, wobei es allerdings während der Zeit des Nationalsozialismus aus ideologischen Gründen die Grundlagen änderte<sup>(3)</sup>. In der Nachkriegs-

---

(1) Vgl. wohl zuletzt RAG in ARS 36 S. 3 (6).

(2) Vgl. insbesondere H u e c k s Anmerkung zu dem vorgenannten Urteil in ARS 37 S. 241 ff; siehe auch die spätere Kritik von S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 163 f.

(3) An die Stelle der Sphärentheorie trat damals der Gedanke, daß der Unternehmer als "Führer im Betrieb" grundsätzlich das Betriebsrisiko zu tragen habe; andererseits wurde gefolgert, daß er wegen der "Betriebsgemeinschaft" und der Treuepflicht der Arbeitnehmer bei unverschuldeten Betriebsstörungen seiner Lohnzahlungspflicht nicht bis zum wirtschaftlichen Ruin nachkommen müsse. Im Ergebnis blieb die Rechtsprechung jedoch die gleiche. Vgl. hierzu zunächst RAG in ARS 40 S. 286 und 351, später in ARS 41 S. 43 und 167, ARS 43 S. 41 und 134.

zeit wurde diese Auffassung dann zunächst vom Bundesarbeitsgericht und vom Bundesgerichtshof übernommen<sup>(1)</sup>.

Inzwischen hat sich das Bundesarbeitsgericht bezüglich des § 324 der herrschenden Meinung angeschlossen und in zwei neueren Entscheidungen die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Bestimmung bejaht<sup>(2)</sup>. Insoweit kann daher der Streit zumindest vom Standpunkt der zivilrechtlichen Betrachtungsweise als überholt angesehen werden<sup>(3)</sup>.

- a) Geht man nämlich davon aus, daß das Arbeitsverhältnis ein privatrechtliches Rechtsverhältnis ist, so kommt man zwangsläufig zu dem im vorigen § dargelegten Ergebnis; d. h. man muß in ihm ein Dauerschuldverhältnis erblicken, bei dem die Arbeits- und die Lohnzahlungspflicht in einem synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Daraus folgt aber unmittelbar, daß insoweit eine Anwendung des § 324, wie auch bei allen übrigen gegenseitigen Dauerschuldverträgen, grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann<sup>(4)</sup>. Erst wenn im Einzelfall durch eine strikte Anwendung Folgen eintreten würden, die mit der Grundhaltung des Arbeitsrechts, also insbesondere mit der Treue- und Fürsorgepflicht der Parteien, nicht vereinbar sind, wird eine vom Gesetz abweichende Regelung

---

(1) Vgl. BAG in BB 55 S. 899, BAG in AP Nr. 1 zu § 615 Betriebsrisiko, BGHZ 10 S. 187 (190 f) und 21 S. 114, ferner LAG Stuttgart AP Nr. 2 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers.

(2) BAG in NJW 61 S. 381 (382) = AP Nr. 18 zu § 615 und BAG AP Nr. 1 zu § 324.

(3) So jetzt auch H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 220 Anm. 37.

(4) Vgl. oben vor § 8.

getroffen werden dürfen<sup>(1)</sup>.

Daher wäre es nicht richtig, einfach umgekehrt zu verfahren und die Anwendbarkeit des § 324 von vornherein nur insoweit zuzulassen, als er dem Wesen des Arbeitsvertrags nicht widerspricht. Die häufig gebrauchte Formel "Schuldrechtliche Begriffe und Grundsätze sind nur anwendbar, soweit sie mit dem Wesen des Arbeitsvertrags vereinbar sind"<sup>(2)</sup> muß daher, solange man ihn als einen zivilrechtlichen Vertrag ansieht, ersetzt werden durch die Formel "Sie sind grundsätzlich anwendbar, es sei denn, daß sie mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar sind"<sup>(3)</sup>.

- b) Ganz anders jedoch ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn man das gesamte Arbeitsrecht als ein eigenständiges Rechtsgebiet außerhalb des privaten und des öffentlichen Rechts ansieht, wie S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d es nunmehr tut<sup>(4)</sup>.  
Dann ist nämlich jedes einzelne Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis sui generis, das durch einen

---

(1) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 163 f, vgl. auch RdA 64 S. 297, wo es heißt: "Wenn das Arbeitsrecht ein Teil des privaten beziehungsweise öffentlichen Rechts ist, dann müssen in jeder dieser Abteilungen zunächst deren allgemeine Grundsätze angewandt werden, vorbehaltlich einiger vom Gesetzgeber angeordneter oder sich aus der Natur der Sache ergebender Ausnahmen."

(2) So z. B. D e n e c k e RGRK Vorb. 15 vor § 611.

(3) So H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 132 f, insbesondere Anm. 17. Für die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 323 ff sind außer den schon genannten auch v o n G i e r k e S. 392 in Verbindung mit S. 395, B e i t z k e S. 30, N i k i s c h S. 162, Staudinger - N e u m a n n § 611 Anm. 19, E n n e c c e r u s - L e h m a n n S. 625 Anm. 1, S c h o e t z a u S. 22 f. Vgl. hierzu ferner Bobrowski - G a u l S. 82 f und S. 426, Kaskel - D e r s c h S. 4 f und 163 und G u m p e r t in BB S. 397 f.

(4) RdA 64 S. 297 ff.

vom Schuldrecht unabhängigen Vertrag begründet wird und deshalb auch nicht als Dauer s c h u l d - verhältnis bezeichnet werden kann. Für eine echte Subsumtion eines Sachverhalts unter Rechtsnormen des Privatrechts und insbesondere des Schuldrechts ist demzufolge naturgemäß kein Raum, so daß dann auch der § 324 nicht mehr einfach für grundsätzlich anwendbar erklärt werden kann. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d führt hierzu treffend aus:

"Bei der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts ist dieses nur den allgemeinen Grundgedanken unserer Rechtsordnung und der Gerechtigkeit überhaupt unterworfen, vorbehaltlich analoger Anwendung von als brauchbar befundenen Regelungen des Allgemeinen Teils des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts." (1)

Das aber bedeutet letztlich nichts anderes, als daß die Rechtsfindung im Einzelfall genau umgekehrt erfolgen muß, wie soeben unter a) dargelegt. Auszugehen ist dann also jeweils vom Wesen des Arbeitsverhältnisses als einer "Resultante" von privatrechtlichen, soziologischen, wirtschaftlichen, verfassungsrechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen "Komponenten" (2). Sodann ist zu prüfen, ob der § 324 mit diesem so gefundenen Idealbild der Rechtsordnung harmonisiert oder nicht.

Diese Frage dürfte jedoch nach den bisherigen Erörterungen zumindest grundsätzlich zu bejahen sein. Es kann in diesem Zusammenhang insbesondere nochmals auf die oben im § 5 enthaltenen Ausführungen Bezug genommen werden, aus denen sich ergibt, daß die gesamte Regelung des § 324 letztlich aus Gründen der Gerechtigkeit getroffen wurde. Diese müssen

---

(1) aaO S. 297.

(2) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d aaO, insbesondere S. 304.

natürlich im Arbeitsrecht die gleiche Geltung besitzen wie in allen anderen Rechtsgebieten<sup>(1)</sup>. Ob allerdings bei einer bestimmten Sachlage im Einzelfall die Anwendbarkeit des § 324 abgelehnt oder eingeschränkt werden muß, weil sie dem Wesen des Arbeitsrechts widerspricht, wird sich erst bei näherer Betrachtung herausfinden lassen.

- c) Immerhin läßt sich an dieser Stelle schon sagen, daß es vom Ergebnis her gesehen für die Anwendbarkeit des § 324 im allgemeinen nicht darauf ankommen wird, ob man das Arbeitsrecht als ein eigenständiges Rechtsgebiet oder als einen Teil des Privatrechts ansieht. Lediglich die Methode der Rechtsfindung ist gänzlich verschieden. Letztlich ist jedoch nach beiden Auffassungen allein entscheidend, ob die Rechtsfolgen aus § 324 im Einzelfall mit dem Wesen des Arbeitsvertrags vereinbar sind oder nicht. Hierauf wird im folgenden Abschnitt näher einzugehen sein.

---

(1) Schnorr von Carolsfeld RdA 64 S. 298; vgl. auch aaO S. 303, wo mit Recht darauf hingewiesen wird, daß die allgemeinen Sätze des bürgerlichen Rechts eine langjährige Entwicklung hinter sich haben, über die man sich nicht einfach hochmütig hinwegsetzen kann.

## 2. Abschnitt: Einzelheiten

### § 14 Die nachträgliche Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und ihre Folgen

#### 1. Bei Vertretenmüssen des Arbeitgebers

- a) Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann und diese Unmöglichkeit vom Arbeitgeber zu vertreten ist, so bliebe gemäß § 324 Abs. 1 S. 1 der Lohnanspruch grundsätzlich bestehen. Es bedarf wohl keiner langen Erörterungen darüber, daß dieses Ergebnis dem Wesen des Arbeitsverhältnisses in keiner Weise widerspricht. Im Gegenteil, wenn man an die besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer denkt, dann drängt sich dieses Ergebnis geradezu auf. Es ließe sich also genauso gut aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entnehmen. Unter diesen Umständen besteht jedoch kein besonderer Anlaß, die gleiche Rechtsfolge erst auf dem Umweg über den § 242 abzuleiten, anstatt sie direkt aus § 324 Abs. 1 zu entnehmen<sup>(1)</sup>. Insoweit wird diese Bestimmung deshalb auf jeden Fall angewandt werden können<sup>(2)</sup>.

- aa) Auf das Problem, wann überhaupt eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gegeben ist, braucht hier im einzelnen nicht noch einmal

---

(1) Vgl. Hueck Anm. zu BAG ARS 37 S. 320 (341 ff) unter 3. und 5. und Anm. zu BGHZ 10 S. 187 in RdA 53 S. 478 (479), sowie Schoetzau S. 61 f.

(2) Vgl. auch Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 222 unter 5 a, Kaskel - Dersch S. 163, Staudinger - Neumann § 611 Anm. 129 und 254.

eingegangen zu werden<sup>(1)</sup> (2). Sie liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitnehmer krank wird. Außerdem wird man die Fälle, in denen die Arbeit nur unter gesundheitsschädigenden oder gar lebensgefährlichen Umständen geleistet werden könnte, als solche der praktischen Unmöglichkeit in dem oben in § 2 genannten Sinn ansehen müssen<sup>(3)</sup>.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang ferner, daß die meisten Arbeitsleistungen absolute Fixschulden sind, so daß sie auch durch den bloßen Ablauf der Zeit, während der nicht gearbeitet wird, teilweise unmöglich werden<sup>(4)</sup>. Dies ergibt sich meist schon durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb, durch die er an bestimmte Arbeitsstunden gebunden ist. So kann insbesondere eine Arbeit am Fließband nicht nachgeholt werden. Außerdem scheitert eine Nachholung häufig an den Bestimmungen der AZO oder daran, daß der Arbeitnehmer hierdurch überobligationsmäßig belastet würde<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) Vgl. hierzu oben § 2 2. und § 9, zur Frage der Abgrenzung von Annahmeverzug vgl. oben § 11. 1. b).
- (2) Zu den besonderen Schwierigkeiten, die dann eintreten, wenn der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert wird, vgl. unten unter 2. b) bb).
- (3) Vgl. auch Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 221.
- (4) Vgl. z. B. Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 163 und 225, Oertmann § 615 Anm. 2 und Beitzke aaO S. 29; Nikisch S. 274 geht von der Eingliederungstheorie aus und kommt daher zum Ergebnis, daß die Dienstpflicht, die er von der eigentlichen Arbeitspflicht unterscheidet, niemals nachgeholt werden kann.
- (5) Näheres hierzu bei Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 329 f.

- bb) Wegen der Umstände, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, kann wiederum auf die bisherigen Ausführungen, insbesondere auf die oben im § 10 enthaltenen Darlegungen verwiesen werden.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, daß die Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten des Arbeitgebers überaus zahlreich und mannigfaltig sind. So muß dieser den Arbeitnehmer z. B. in der Bedienung einer Maschine unterweisen und die entsprechenden Schutzvorrichtungen anbringen. Er hat die Räumlichkeiten einschließlich der Wasch- und Aufbewahrungsräume sowie die Gerätschaften und Arbeitsmaterialien so einzurichten, zu gestalten und zu unterhalten, wie dies zur Erhaltung der Gesundheit der Arbeitnehmer erforderlich und nach den jeweiligen Umständen möglich ist. Hierzu gehört z. B. auch die Sorge für eine ausreichende Schutzkleidung, für genügendes Licht und staubfreie Luft und für lärmarme Maschinen am Arbeitsplatz<sup>(1)</sup>. Führt ein schuldhafter Verstoß gegen diese Pflichten und Obliegenheiten zu einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers und damit zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, so treten die Rechtsfolgen des § 324 Abs. 1 ein<sup>(2)</sup>.

- cc) Die Fälle des sogenannten Betriebsrisikos bleiben dagegen von vornherein außerhalb dieser

---

(1) Vgl. hierzu z. B. §§ 617, 618; § 62 HGB, §§ 120 a ff GewO, § 12 HAG; siehe auch Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 171, 259 ff und 269 ff mit weiteren Hinweisen.

(2) Vgl. das Beispiel von Schnorr von Carolsfeld (Lehrb. S. 222), bei dem der Arbeitnehmer krank wird, weil er an einem undichten Kessel, aus dem giftige Gase entweichen, arbeiten muß.

Untersuchung, weil sie von der Lehre und Rechtsprechung mit Hilfe der Sphärentheorie, d. h. unabhängig von den Bestimmungen des BGB, gelöst werden<sup>(1)</sup>.

Vom Standpunkt der Gesetzestreue bestünde allerdings die Möglichkeit, auch diese Fälle im Rahmen des § 324 Abs. 1 zu lösen, zumal wenn man dabei das oben auf S. 92 f erwähnte Urteil des BGH über die Risikoübernahme berücksichtigt. Formallogisch ließen sich nämlich die Betriebsstörungen, bei denen die Arbeitsleistung ohne Verschulden der Vertragspartner nicht erbracht werden kann, weil die erforderlichen Leistungssubstrate fehlen, auch unter den Begriff der Leistungsunmöglichkeit einreihen. Diese Auffassung ist von den Vertretern der Unmöglichkeitstheorie auch jahrelang verfochten worden<sup>(2)</sup>.

Während die meisten von ihnen jedoch annahmen, daß in derartigen Fällen der Lohnanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 323 entfallen müsse, wies S i g e l <sup>(3)</sup> darauf hin, daß die Umstände, die der Gläubiger zu "vertreten" hat, im Gesetz nicht geregelt sind<sup>(4)</sup>. Er wollte deshalb immer dann, wenn die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ihren Ursprung in den persönlichen Verhältnissen und in der Sphäre des Arbeitgebers hat, ohne Rücksicht auf dessen Verschulden den § 324 Abs. 1 angewandt wissen und verfolgte damit den gleichen Gedankengang, den später der BGH in der obenerwähnten Entscheidung nachvoll-

---

(1) Vgl. hierzu oben § 11 1. b) cc).

(2) Siehe oben § 11 1. b) aa) und Lotmar II. S. 282. Vgl. hierzu auch Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 218 und Anm. zu BAG, AP Nr. 21 zu § 615, Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 350 und Staudinger - Mohren § 615 Anm. 49 ff, insbesondere Anm. 54.

(3) aaO S. 51 f.

(4) Vgl. hierzu oben § 3 und § 10 d).

zog.

Eine solche Betrachtungsweise hätte immerhin den Vorzug, daß sie sich eng an den Buchstaben des Gesetzes anlehnt. Die Frage ist nur, ob es überhaupt ratsam erscheint, durch ein derartiges Hineininterpretieren des Betriebsrisikos in den Begriff des "Vertretenmüssens" allzusehr an den Bestimmungen des BGB festzuhalten. Diese Frage stellt sich auch dann, wenn man das Arbeitsverhältnis als zum Zivilrecht gehörend betrachtet. Letztlich wird nämlich in jedem Einzelfall das Ergebnis immer erst losgelöst vom BGB nach den in der Literatur und Rechtsprechung gefestigten Regeln der Betriebsrisikolehre hergeleitet werden müssen. Erst nachträglich kann dann wiederum zum BGB zurückgekehrt werden, so daß von einer echten Subsumtion nicht mehr gesprochen werden kann<sup>(1)</sup>. Man würde also letztlich die Bestimmungen des BGB dazu herabwürdigen, einer Entscheidung, die ihre Kraft nicht mehr direkt aus ihnen gewinnt, den Schein der Gesetzestreue zu verleihen<sup>(2)</sup>. Eine derartige, lediglich formaljuristisch getarnte Lösung erscheint nicht billigenswert<sup>(3)</sup>.

Deshalb wird auch im Arbeitsrecht grundsätzlich daran festzuhalten sein, daß der Arbeitgeber als Gläubiger nur rechtswidrige vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen sowie schuldhaftes, d. h. vorwerfbar gegen die Vertragsverpflichtungen verstoßendes, Verhalten seiner Erfüllungs-

---

(1) Vgl. die berühmte Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 106 S. 272 ff; so wie hier auch J o r n s S. 18 Anm. 23.

(2) J o r n s S. 106 f, vgl. auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Anm. zu BAG in AP § 615 Nr. 21.

(3) Vgl. hierzu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 218; zur Kritik an Sigel siehe auch O e r t m a n n AcP 116 S. 48.

gehilfen zu vertreten hat<sup>(1)</sup>.

- b) Von dem Lohnanspruch, der dem Arbeitnehmer nach § 324 Abs. 1 S. 1 verbleibt, wenn die soeben erläuterten Voraussetzungen vorliegen, müßte er sich allerdings gemäß S. 2 dieser Bestimmung anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Arbeitspflicht erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.
- Wie schon oben im § 5 erwähnt wurde, soll diese Vorschrift verhindern, daß der Schuldner aus seiner Leistungsbefreiung irgendwelche unverdiente Vorteile ziehen kann. Es handelt sich also bei ihr um den Ausfluß allgemeiner Rechtsgrundsätze, wie sie vor allem im Schadensersatzrecht gelten, und die letztlich auf Gründen der Gerechtigkeit beruhen. Es besteht deshalb schon grundsätzlich kein Anlaß zu der Annahme, daß der S. 2 des § 324 Abs. 1 mit dem Wesen des Arbeitsvertrags nicht zu vereinbaren sei<sup>(2)</sup>. Hinzu kommt aber auch noch, daß in § 615 S. 2 für die Arbeitsverhinderung infolge Annahmeverzugs die gleichen Rechtsfolgen normiert sind. Solange daher gegen die Anwendbarkeit des § 615 keine Bedenken erhoben werden - und das ist, soweit ersichtlich, noch niemals geschehen -, kann auch gegen § 324 Abs. 1 nichts eingewandt werden, zumal weil der Annahmeverzug bekanntlich nicht einmal Verschulden voraussetzt.

Wegen der Einzelheiten hinsichtlich der anrechen-

---

(1) Schnorr von Carolsfeld  
Lehrb. S. 207.

(2) So wie hier auch Schoetzau S. 63.

(3) Zustimmend Nikisch S. 277.

baren Beträge kann, um Wiederholungen zu vermeiden, nochmals auf die oben im § 5 2. enthaltenen Darlegungen verwiesen werden.

aa) Zu den Ersparnissen gehören demnach insbesondere die Fahrtkosten zur Arbeitsstätte, die der Arbeitnehmer während seiner Arbeitsverhinderung nicht aufzubringen brauchte. Ferner muß er sich unter Umständen einen Betrag für die zeitweilig nicht erfolgte Abnützung von Arbeitsgeräten anrechnen lassen, wenn er diese selbst hätte stellen müssen<sup>(1)</sup>.

bb) Ist die Arbeitsleistung nur praktisch unmöglich geworden, zum Beispiel weil der Arbeitgeber nur gesundheitsschädliche Arbeitsgeräte zur Verfügung stellt, so hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwenden. Ja er muß dies, soweit es ihm zuzumuten ist, sogar tun, weil er sonst böswillig handeln würde. Was er hierdurch erwirbt, muß er sich dann ebenfalls nach § 324 Abs. 1 S. 2 anrechnen lassen.

Nach h. M. erfolgt diese Anrechnung nicht nur auf den Lohn für den Zeitabschnitt, in dem er anderweitig tätig ist, sondern auf den gesamten während der Dauer der Unmöglichkeit anfallenden Lohn<sup>(2)</sup>.

cc) Zur Frage der Böswilligkeit bei der Unterlassung eines anderweitigen Erwerbs sei schließ-

---

(1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 206.

(2) Vgl. hierzu Hueck - Nipperdey Lehrb. S. 327 und Nikisch S. 278 mit zahlreichen Hinweisen für die Parallelfälle des § 615. Wegen der Bedenken, die meines Erachtens gegen diese Auffassung bestehen, vgl. oben § 5 2. a).

lich noch auf die umfangreiche Literatur und Rechtsprechung hingewiesen, die zu dem gleichen Problem im Rahmen des § 615 vorhanden ist und die hier ebenfalls verwertet werden kann<sup>(1)</sup>. Danach genügt ein bloßes fahrlässiges Verhalten nicht. Andererseits ist aber auch nicht erforderlich, daß der Arbeitnehmer eine ihm angebotene Arbeit nur deshalb ablehnt, weil er den Arbeitgeber schädigen will. Vielmehr handelt der Arbeitnehmer bereits dann böswillig, wenn er vorsätzlich eine ihm zumutbar erscheinende Arbeit ablehnt<sup>(2)</sup>. Allerdings braucht er sich nach der heute herrschenden Meinung um eine solche Arbeit nicht besonders angestrengt zu bemühen<sup>(3)</sup>. Böswilligkeit setzt nämlich, wie sich schon aus diesem besonders diskriminierenden Wort ergibt, stark verwerfliche Motive voraus. Es ist deshalb in diesen Fällen besonders darauf zu achten, ob der Arbeitnehmer bei der hier notwendigen Interessenabwägung einem nicht gerechtfertigten Egoismus gegenüber den bestehenden Treuepflichten den Vorzug gibt<sup>(4)</sup>.

---

(1) Vgl. hierzu vor allem S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d in SAE 63 S. 185 ff, der zur Definition der Böswilligkeit im Rahmen des § 615 auch darauf abstellt, ob die Ablehnung seitens des Arbeitgebers eine grobe Verletzung seiner Treuepflicht ist oder nur leicht fahrlässig oder schuldlos geschieht.

(2) BAG AP Nr. 1 zu § 615 "Böswilligkeit".

(3) H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 327,  
N i k i s c h S. 279 mit zahlreichen Hinweisen.

(4) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d SAE  
63 S. 185 ff.

2. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung während des  
Gläubigerverzugs (§§ 324 Abs. 2 und 615)

Nach § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 würde der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch auch dann behalten, wenn die Arbeitsleistung aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grund zu einem Zeitpunkt unmöglich wird, zu dem sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet. Er müßte sich allerdings anrechnen lassen, was er infolge der Leistungsbefreiung erspart, durch andere Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Daneben enthält das BGB jedoch noch eine speziell für das Dienst- und damit auch für das Arbeitsvertragsrecht geltende Spezialvorschrift, in der ebenfalls die Auswirkungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers geregelt sind, nämlich den § 615. Dieser hat folgenden Wortlaut:

"Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

Die Ähnlichkeit dieser Bestimmung mit der zweiten Alternative des § 324 ist beinahe noch auffälliger als die des § 552. Daher drängt sich auch hier wiederum zunächst die Frage auf, ob und inwieweit neben dem § 615 für die Anwendbarkeit des § 324 Abs. 2 überhaupt noch Raum bleibt.

- a) Soweit bislang in der Rechtsprechung und Lehre zu diesem Problem Stellung genommen wurde, sind die Meinungen recht geteilt.

aa) Einigkeit besteht lediglich darüber, daß der § 615 gegenüber dem § 324 Abs. 2 in einer Hinsicht weiter gefaßt ist. Er beläst nämlich dem Arbeitnehmer auch dann den Lohnanspruch, wenn die Arbeitsleistung ausnahmsweise einmal keine absolute Fixschuld ist. Wenn also z. B. eine Raumpflegerin eine halbe Stunde warten muß bis die Hausfrau ihre Arbeitsleistung annimmt, so kann sie gemäß § 615 auch für diese halbe Stunde ihren Lohn verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Wenn ihre Arbeitsleistung jedoch, wie hier einmal angenommen werden soll, keine absolute Fixschuld ist, so würde ihr nach § 324 Abs. 2 dieser Anspruch nicht zustehen; denn dann würde durch den bloßen Zeitablauf keine teilweise Unmöglichkeit eingetreten sein, weil ihre Leistung nachholbar geblieben ist<sup>(1)</sup>.

bb) Darüber hinaus wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, der § 615 bleibe andererseits hinter § 324 zurück, weil er, wie sich aus dem Wort "infolge" ergebe, einen Kausalzusammenhang zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit fordere, während § 324 alle Unmöglichkeitsfälle nach Verzugseintritt umfasse. Insoweit bleibe daher auch im Dienst- und Arbeitsvertragsrecht eine Möglichkeit für die Anwendung der zweiten Alternative des § 324<sup>(2)</sup>.

Das würde bedeuten, daß beispielsweise ein Arbeitnehmer, der ohne sein Verschulden erkrankt, während sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet, bis zur Beendigung des Arbeitsverhält-

---

(1) Vgl. oben § 2 2. b) und § 9 1. b) aa).

(2) So Oertmann § 615 Anm. 2., Lotmar II. S. 363 (vgl. auch aaO S. 307 f), Staudinger - Mohren § 615 Anm. 27.

nisses nach § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 seinen vollen Lohn beanspruchen könnte.

- cc) Demgegenüber vertritt H u e c k in Anlehnung an T i t z e die Auffassung, der § 324 Abs. 2 setze zwar nicht nach seinem Wortlaut, wohl aber bei sinngemäßer Auslegung, ebenfalls voraus, daß die Unmöglichkeit infolge des Annahmeverzugs eingetreten sei. Der Wortlaut des § 324 Abs. 2 sei wohl nur daraus zu erklären, daß diese Vorschrift auf vorübergehende Leistungen, für welche diese Frage nicht auftauche, nicht aber auf Dauerleistungen zugeschnitten sei<sup>(1)</sup>.

Nach seiner Meinung treten dagegen die Rechtsfolgen des § 324 ein, wenn zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit ein Kausalzusammenhang besteht. Dies ergibt sich insbesondere aus dem von ihm auf S. 220 seines Lehrbuchs erörterten Beispiel. Dort geht H u e c k nämlich von folgendem Sachverhalt aus: Ein Arbeitgeber verweigert zunächst dem Arbeitnehmer die Annahme der Arbeitsleistung. Daraufhin beschafft sich dieser einen neuen Arbeitsplatz. Nunmehr fordert ihn der Arbeitgeber plötzlich auf, zu seiner ursprünglichen Arbeit zurückzukehren. Diese Wiederaufnahme ist dem Arbeitnehmer jedoch nicht sofort möglich, weil er zwischenzeitlich an den neuen Arbeitsvertrag gebunden ist und diesen erst kündigen muß.

In einem solchen Fall, in dem die teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung des ersten Arbeitsvertrags zweifellos durch die ablehnende Haltung des Arbeitgebers herbeigeführt wurde, will

---

(1) H u e c k - Nipperdey Lehrb. S. 328 Anm. 14 sowie dort auch S c h o e t z a u S. 69 und Z ö l l n e r in Anm. zu BAG in AP Nr. 20 zu § 615.

H u e c k dem Arbeitnehmer für die Zeit bis zur Beendigung des zweiten Arbeitsverhältnisses den Lohnanspruch aus dem ersten Arbeitsvertrag abzüglich der Vergütung aus dem zweiten Arbeitsvertrag belassen, weil, wie er meint, die Voraussetzungen des § 324 Abs. 2 gegeben seien.

- dd) Wiederum zu einem anderen Ergebnis kommt schließlich S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d <sup>(1)</sup>. Er bejaht nämlich die Anwendbarkeit des § 324 Abs. 2 nur bezüglich des Abschnittes, für den Annahmeverzug vorliegt, und führt dabei folgendes Beispiel an: Eine Verkäuferin wartet morgens eine halbe Stunde vor dem noch verschlossenen Laden. Sie geht dann nach Hause. Auf diesem Weg verunglückt sie durch Ausgleiten. Nunmehr wünscht der Arbeitgeber doch noch ihre Arbeitsleistung bis zum Ladenschluß an diesem Tage. Bei dieser Sachlage, so meint S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , sei der Lohn für diesen Tag nach § 324 Abs. 2 geschuldet, wenn die Verkäuferin durchgehend hätte arbeiten müssen. Für den nächstfolgenden Abschnitt sei die Vorschrift dagegen nicht mehr anwendbar.

- b) Diese Auffassung ist keineswegs so unklar, wie S c h o e t z a u <sup>(2)</sup> meint. So beruht nämlich letztlich auf der richtigen Überlegung, daß sich der Arbeitgeber bezüglich der am nächsten Tag zu erbringenden Arbeitsleistung niemals in Annahmeverzug befand, weil diese ihm tags zuvor noch nicht angeboten wurde <sup>(3)</sup>.

---

(1) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 222 unter 5 a B.

(2) aaO S. 69 Anm. 1 am Ende.

(3) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 313.

aa) Gerade in dieser Erkenntnis dürfte vielmehr die Lösung der Frage, ob der § 324 Abs. 2 neben § 615 überhaupt noch anwendbar ist, am ehesten zu finden sein.

Sowohl der Vertreter der Oertmann'schen als auch die der Hueck'schen Auffassung gehen nämlich stillschweigend davon aus, daß der Arbeitgeber die Nichtannahme der Dienste des Arbeitnehmers bezüglich der ganzen bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Arbeitsleistung in Verzug gerät. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden, weil, wie bereits mehrfach erörtert, der Annahmeverzug nur insoweit eintreten kann, als auf seiten des Schuldners die Leistung möglich ist und angeboten wurde. Auf die Besonderheiten, die sich insoweit für die Dauerleistungen ergeben, wurde bereits oben im § 11 hingewiesen.

Dort wurde vor allem festgestellt, daß der Schuldner eine kontinuierliche Leistung niemals voll und ganz zu einem bestimmten Zeitpunkt erbringen kann, sondern zwangsläufig fortlaufend andauernd erfüllen muß. Aus dieser Tatsache ergab sich dann als Folge, daß der Annahmeverzug des Gläubigers immer nur insoweit eintreten kann, als die Leistung gerade im jeweiligen Augenblick erbracht werden könnte, während er für alle zukünftigen Leistungsteile wegen der fehlenden Leistungsbereitschaft undenkbar ist<sup>(1)</sup>.

Bei der Arbeitsleistung müssen diese Grundsätze letzten Endes genauso gelten wie bei allen anderen Dauerleistungen. Ihre Besonderheit besteht lediglich darin, daß die kontinuierliche Leistungserbringung durch die verschiedenen Arbeits-

---

(1) Vgl. § 11 2. b) insbes. dd) und ee).

pausen in einzelne Abschnitte aufgeteilt wird<sup>(1)</sup>.

Zur Verdeutlichung sei an dieser Stelle das Problem nochmals vom Gesichtspunkt des Angebots her erörtert:

Wenn ein Arbeitnehmer am Morgen zur Arbeit erscheint, dann kann er nicht seine ganze zukünftige Leistung anbieten, sondern nur jenen Bruchteil, den er gerade in diesem Augenblick zu leisten imstande ist. Das ergibt sich daraus, daß auch das Angebot immer nur insoweit wirksam sein kann, als die Leistung möglich ist<sup>(2)</sup>. Entgegen der Auffassung von S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d erstreckt sich also das vormittägliche Angebot des Arbeitnehmers zunächst nicht einmal auf den ganzen Arbeitsabschnitt, sondern nur auf den Arbeitsbeginn.

Allerdings braucht dieses einmal abgegebene Angebot, wie bereits oben im § 11 unter 1. a) bb) erwähnt, nun nicht laufend während des Arbeitsabschnitts wiederholt zu werden<sup>(3)</sup>. Es besteht vielmehr so lange fort, wie auf seiten des Arbeitnehmers eine Leistungsbereitschaft vorhanden ist<sup>(4)</sup>, und hat darüber hinaus bei Dauerschulden auch noch die Wirkung, daß es sich mit fortlaufender Zeit auf die im jeweiligen Moment zu erbringenden Leistungsteile erstreckt. Der Umfang der Leistung, auf die sich das Angebot bezieht, wächst daher im Verlaufe der Arbeitszeit ständig an.

---

(1) Vgl. oben § 13 2. f).

(2) Vgl. oben § 4 1. b).

(3) Vgl. hierzu BAG in AP Nr. 20 zu § 615 und S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d in SAE 63 S. 185 und Lehrb. S. 313 f.

(4) Leistungsbereitschaft bedeutet, daß der Arbeitnehmer erreichbar sein muß, so daß der Arbeitgeber ihn zur Arbeit auffordern oder abholen kann. Kurzfristige Nichterreichbarkeit ist allerdings unschädlich (vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Lehrb. S. 313).

Wird jedoch die Leistung unmöglich, z. B. weil der Arbeitnehmer erkrankt oder verunglückt, so kann dieses Anwachsen wegen der fehlenden Leistungsbereitschaft nicht mehr weiter fortschreiten. Von diesem Augenblick an wird also auch das Angebot des Arbeitnehmers für die Zukunft gegenstandslos, so daß der Umfang der Leistung, hinsichtlich dessen sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet, ebenfalls nicht mehr weiter anwachsen kann.

Das Bundesarbeitsgericht spricht in diesem Zusammenhang davon, daß mit dem Eintritt der Unmöglichkeit der Annahmeverzug des Arbeitgebers endet<sup>(1)</sup>, in Wirklichkeit hat dieser jedoch hinsichtlich des zukünftigen, nunmehr unmöglich gewordenen Leistungsteils überhaupt noch nicht begonnen. Da aber, wie bereits mehrfach erwähnt, die Rechtsfolgen des § 324 Abs. 1 immer nur bezüglich jenes Leistungsteils eintreten können, hinsichtlich dessen sich der Gläubiger in Verzug befindet, kann die zweite Alternative des § 324 auf die zukünftigen Leistungsteile keine Anwendung finden.

Wenn also in dem obengenannten Beispiel die Verkäuferin verunglückt, so muß der Arbeitgeber ihr zwar für die erste halbe Stunde dieses Tages gemäß § 615 den Lohn bezahlen, ein darüber hinausgehender Lohnanspruch aus § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 steht ihr mangels Annahmeverzugs des Arbeitgebers jedoch weder für den Rest dieses Tages noch für die zukünftigen Tage zu. Aus dem gleichen Grund kann auch der Arbeitnehmer, der infolge der Ablehnung des Arbeitgebers eine andere Arbeit für geringeren Lohn annahm, von diesem nicht gemäß § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 die Differenz verlangen.

---

(1) BAG aaO.

Auch bei der Arbeitsleistung muß daher, wie bei jeder anderen Dauerleistung, sorgfältig unterschieden werden, hinsichtlich welchen Leistungsteils sich der Gläubiger einerseits in Verzug befand und welcher Leistungsteil andererseits wegen fehlender Leistungsbereitschaft noch gar nicht wirksam angeboten wurde. Hinsichtlich des letzteren scheidet auch hier eine Anwendung des § 324 Abs. 2 von vornherein aus<sup>(1)</sup>. Da jedoch sämtliche Fälle, bei denen die Erfüllung der Arbeitsleistung lediglich an der Nichtannahme seitens des Arbeitgebers scheitert, bereits von § 615 erfaßt sind - ganz gleich ob die Dienste als absolute Fixschuld geschuldet sind oder nicht -, ist für die Anwendung des § 324 Abs. 2 im Rahmen des Arbeitsvertragsrecht überhaupt kein Raum mehr.

- bb) Dieses Ergebnis scheint zumindest auf den ersten Blick in manchen Fällen ungerecht zu sein. Man denke nur an das obige Beispiel von Hueck und stelle sich vor, der Arbeitnehmer würde bei seinem zweiten Arbeitgeber wesentlich weniger verdienen als beim ersten. Noch drastischer wird die Situation, wenn man einmal vom folgenden Sachverhalt ausgeht:

Einem Arbeitnehmer wurde zu Unrecht fristlos gekündigt<sup>(2)</sup>. Er glaubt daher mit guten Gründen, der Arbeitgeber wolle ab sofort endgültig auf seine Dienste verzichten. Da er jedoch nicht gleich eine andere Arbeitsstelle findet, meldet er sich freiwillig zur Verbüßung einer ihm auferlegten Haftstrafe von 8 Tagen, obwohl ihm be-

---

(1) Vgl. oben § 11 unter 2. b).

(2) Durch eine fristlose Kündigung, die zu Unrecht erfolgt ist, gerät der Arbeitgeber nach ständiger Rechtsprechung des BAG in Annahmeverzug (vgl. z. B. die Urteile in NJW 61 S. 381, in AP § 615 Nr. 20 und 22).

reits Strafaufschub gewährt war, so daß er die Strafe auch im Wochenendvollzug hätte verbüßen können. Nachdem er seine Strafe angetreten hat, erklärt sich plötzlich der Arbeitgeber wieder zur Annahme der Dienste bereit.

Die Frage, die hier auftaucht, geht dahin, ob der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber seinen Lohn für die Zeit des Strafvollzugs verlangen darf, obwohl er während dieser Zeit nicht zur Arbeit kommen konnte.

Das Bundesarbeitsgericht, das über diesen Fall zu entscheiden hatte, billigte dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf den vollen Lohn während dieser Zeit zu, und zwar aus § 615<sup>(1)</sup>. Es führte hierzu aus, der Annahmeverzug "ende" zwar grundsätzlich, wenn die Arbeitsleistung nachträglich unmöglich werde. Diese Sachlage sei jedoch im vorliegenden Fall wegen der besonderen Umstände nicht gegeben. Es verneinte also im Ergebnis, daß durch den Strafantritt eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten war<sup>(2)</sup>. Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden, denn daß der Arbeitnehmer während der Strafbüßung eine Woche lang tatsächlich überhaupt nicht zur Arbeitsleistung imstande war, unter-

---

(1) BAG AP § 615 Nr. 20.

(2) Vgl. hierzu Schnorr von Carolsfeld in SAE 62 S. 138 f und SAE 63 S. 185 ff. Dieser verweist auf die schwierige Situation, in die der Arbeitnehmer dadurch gerät, daß er einerseits nach § 615 S. 2 eine gewisse Obliegenheit zur anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskraft hat, andererseits aber immer leistungsbereit sein müßte. Er kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß § 297 im Rahmen des § 615 nicht anwendbar ist (siehe auch sein Lehrb. S. 206). Beachte aber in diesem Zusammenhang auch § 552 S. 3, in dem dem Vermieter die ständige Leistungsbereitschaft ebenfalls abverlangt wird, obwohl er sich in einem ähnlichen Konflikt befindet wie hier der Arbeitnehmer.

liegt keinem Zweifel. Bezüglich der in dieser Zeit zu erbringenden Arbeitsleistung kann daher der Arbeitgeber auch niemals in Verzug gewesen sein. Damit scheiden aber, wie bereits erörtert wurde, sowohl § 615 als auch § 324 Abs. 2 aus<sup>(1)</sup>.

Andererseits widerspricht es jedoch jedem Gerechtigkeitsempfinden, dem Arbeitnehmer in diesem Fall überhaupt keinen Lohn zuzubilligen. Schließlich hatte er seine Strafe nur deshalb angetreten, weil der Arbeitgeber seine Dienste abgelehnt hatte, während er sonst gewiß den Wochenendvollzug vorgezogen hätte, weil ihm dadurch keinerlei finanzielle Einbußen entstanden wären.

Dieses Problem läßt sich aber dennoch zufriedenstellend lösen.

Im vorliegenden Fall kann nämlich der Arbeitnehmer den Lohn direkt gemäß § 324 Abs. 1 verlangen, weil die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber im Sinne von § 276 Abs. 1 und 2 zu vertreten ist. Dieser hätte nämlich bei seiner Ablehnung damit rechnen müssen, daß der Arbeitnehmer irgendetwas unternimmt, wodurch ihm die sofortige Wiederaufnahme der Arbeit unmöglich wurde, daß er also z. B. verreisen oder eine andere Arbeitsstelle annehmen würde. Den genauen Grund für die hierdurch eintretende Unmöglichkeit brauchte er dagegen nicht zu kennen. Er brauchte also nicht zu wissen, daß der Arbeitnehmer seine Strafe verbüßen würde; denn die Vorhersehbarkeit eines konkreten Kausalverlaufs ist bekanntlich auch

---

(1) A. A. Z ö l l n e r in der Anm. zu dem genannten Urteil des BAG, der dem Arbeitnehmer in Anlehnung an Hueck einen Lohnanspruch gemäß § 324 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 zubilligt.

nach der herrschenden Adäquanztheorie nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, daß er mit einer irgendwie gearteten Möglichkeit des Eintritts eines Leistungshindernisses rechnen mußte<sup>(1)</sup>.

Aus diesem Beispiel läßt sich meines Erachtens allgemein ableiten, daß jene Fälle, in denen Hueck und Zöllner dem Arbeitnehmer einen Anspruch aus § 324 Abs. 2 zubilligen wollen, durch eine direkte Anwendung des § 324 Abs. 1 gerecht und juristisch einwandfrei gelöst werden können<sup>(2)</sup>.

Zusammenfassend kann daher endgültig festgestellt werden, daß hinsichtlich der Arbeitsleistung der Abs. 2 des § 324 nicht anwendbar ist, sondern in allen denkbaren Fällen durch die Sonderbestimmung des § 615 ausgeschlossen wird.

---

(1) Vgl. hierzu Staudinger - Werner Vorb. 27 vor § 249 und § 276 Anm. 13; ferner RGZ 81 S. 361 und BGH in VersR. 60 S. 180.

(2) So wie hier auch Schnorr von Carolsfeld in SAE 63 S. 185 ff für den Fall, daß der Arbeitnehmer infolge der ablehnenden Haltung des Arbeitgebers eine andere Arbeit übernommen hatte, die er nicht sofort fristlos kündigen kann, wenn der Arbeitgeber ihn nun doch wieder einstellen will.

§ 15 Die nachträgliche Unmöglichkeit der Lohnzahlung und ihre Folgen

Abschließend bleibt noch zu untersuchen, welche Rechtsfolgen dann eintreten, wenn bei einem Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber unter den im § 324 genannten Umständen die Zahlung des Lohns unmöglich wird.

Soweit der Lohn als Geldlohn geschuldet wird, kann allerdings eine Unmöglichkeit der Leistung des Arbeitgebers kaum eintreten. Eine objektive Unmöglichkeit ist hier nämlich ohnehin nicht denkbar und ein subjektives Unvermögen, das nach § 275 Abs. 2 der objektiven Unmöglichkeit gleichsteht, ist in aller Regel gemäß § 279 vom Arbeitgeber zu vertreten, weil Geldschulden nach h. M. Gattungsschulden sind<sup>(1)</sup>. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 279 bei noch nicht konkretisierten Gattungsschulden bestehen allerdings gerade in den Fällen, in denen die angebotene Menge durch Verschulden oder während des Annahmeverzugs des Gläubigers untergeht, eine Reihe von erheblichen Bedenken<sup>(2)</sup>. Da es sich hierbei jedoch um ein Problem der Sachgefahr handelt, während im § 324 nur die Auswirkungen hinsichtlich der Preisgefahr geregelt sind, braucht an dieser Stelle auf jene speziellen Einzelheiten nicht näher eingegangen zu werden, zumal da diese nicht nur für das Arbeitsvertragsrecht, sondern für alle Schuldverhältnisse gleichermaßen bedeutsam sind. Vielmehr soll sich die anschließende Untersuchung auf einige beim Arbeitsverhältnis auftretende Besonderheiten beschränken.

Deshalb erscheint es zweckmäßig, von vornherein davon auszugehen, daß als Lohn eine konkretisierte Gattungsschuld geleistet werden soll. Abgesehen von den äußerst seltenen Fällen, in denen bereits eine ausgesonderte Anzahl bestimmter Geldscheine und -stücke ge-

---

(1) Vgl. aber Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 222.

(2) Vgl. hierzu oben § 5 Anm. 1.

schuldet wird, wird man also in erster Linie an den Untergang des Naturallohns denken müssen.

Zur Verdeutlichung der Situation, die dann entsteht, wenn es dem Arbeitgeber endgültig unmöglich wird, die vereinbarte Vergütung zu bezahlen, sei folgendes Beispiel vorangestellt:

Bei einem landwirtschaftlichen Betrieb ist in den Arbeitsverträgen vereinbart, daß ein beträchtlicher Teil des Lohns in Naturalien, z. B. in Kartoffeln, geleistet werden soll. Am Tage vor der Lohnauszahlung befindet sich die gesamte Kartoffelernte, aus der die Vergütung der Arbeitnehmer geleistet werden soll, noch auf dem Felde. Da in der Nacht Frost zu erwarten ist, fordert der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer auf, die Kartoffelernte einzufahren. Im Verlauf des Tages vergessen sie jedoch ihren Auftrag, so daß in der Nacht alle Kartoffeln erfrieren und dadurch völlig wertlos werden.

Im nächsten Jahr wird daraufhin vereinbart, daß die Arbeitnehmer ihre als Naturallohn geschuldeten Kartoffeln selbst auf dem Felde abholen sollen. Als die Kartoffeln bereitgestellt sind, werden sie hierzu nochmals aufgefordert und gleichzeitig darauf hingewiesen, daß wiederum Frost zu erwarten sei. Während jedoch die übrige Ernte eingefahren wird, vergessen die Arbeitnehmer abermals, ihre bereitgestellten Kartoffeln abzuholen, und diese erfrieren<sup>(1)</sup>.

- a) Im ersten Fall ist der gesamte Vorrat, aus dem der Naturallohn gezahlt werden sollte, durch Verschulden der Arbeitnehmer vernichtet worden. Auf Grund der Bestimmungen des BGB ergibt sich daher folgendes:

Der Arbeitgeber ist, da es sich um eine beschränk-

---

(1) Vgl. hierzu Schnorr von Carolsfeld, 120 Fälle aus dem Arbeitsrecht, Fall Nr. 50.

te Gattungsschuld handelte, gemäß § 275 von der Leistung des Naturallohns freigeworden. Er hat aber gleichzeitig gemäß § 324 Abs. 1 S. 2 den Anspruch auf die Gegenleistung behalten. Die Arbeitnehmer müßten also ihre Arbeitsleistung erbringen, ohne die entsprechende Vergütung in Naturalien zu erhalten.

Im darauffolgenden Jahr ist die Rechtslage laut BGB letztlich wiederum die gleiche, nur daß diesmal durch die Aussonderung aus der beschränkten Gattungsschuld bereits eine Stückschuld geworden war und daß sich der Anspruch auf die Gegenleistung hier aus § 324 Abs. 2 ergibt, weil die Unmöglichkeit der Leistung des Naturallohns zu einer Zeit eintrat, zu der sich die Arbeitnehmer bereits in Annahmeverzug befanden.

- b) Während dieses Ergebnis von S c h o e t z a u voll und ganz gebilligt wird<sup>(1)</sup>, hat S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d gegen eine derart strikte Auslegung der genannten BGB-Bestimmungen ganz erhebliche Bedenken erhoben<sup>(2)</sup>. Sie resultieren letztlich aus der Erkenntnis, daß das Arbeitsverhältnis nicht einfach nur als ein auf den Austausch von Sachgütern gerichtetes Schuldverhältnis angesehen werden kann. Vielmehr ergeben sich bei ihm eine ganze Reihe von persönlichen, wirtschaftlichen und sozialen Bindungen der Vertragspartner, die nicht nur in den besonderen Treue- und Sorgfaltspflichten ihren Ausdruck finden, sondern seinen gesamten Charakter beeinflussen. Diese Tatsache wird, wie schon erwähnt, auch von denjenigen immer wieder hervorgehoben, die das Arbeitsverhältnis als ein echtes zivilrechtliches Dauerschuldver-

---

(1) aaO S. 94 f.

(2) Vgl. sein Lehrb. S. 224 unter b und RdA 64 S. 297 ff (299 und 302).

hältnis ansehen. Der Gesetzgeber hat ihr durch zahlreiche Sonderregelungen, insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzrechts und der Lohnfortzahlung gerecht zu werden versucht. Einer der tragenden sozialen Grundgedanken des Arbeitsvertragsrechts ist der der freien Verfügung über einen Mindestarbeitsverdienst, der vor allem in den Pfändungsgrenzen der §§ 850 ff ZPO und in der Unverzichtbarkeit des Tariflohns seinen Niederschlag gefunden hat.

Aus all diesen Erwägungen heraus fordert Schnorr von Carolsfeld meines Erachtens mit Recht, daß bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer immer ein Mindestanspruch auf den pfändungsfreien Lohn zugebilligt werden muß, und zwar auch dann, wenn das Objekt des Natural- oder konkretisierten Geldlohns durch sein Verschulden oder während des Annahmeverzugs untergegangen ist<sup>(1)</sup>.

Für diese Auffassung spricht nicht zuletzt auch § 7 Abs. 3 LAO, in dem ohne Einschränkungen bestimmt ist, daß nicht lieferbare Naturalien nach dem amtlichen Erzeugerhöchstpreis oder, wenn ein solcher nicht besteht, nach dem Marktpreis des nächsten Markortes vergütet werden müssen.

Die Lage muß also so behandelt werden, daß der Arbeitslohn in einem solchen Fall nur nach den Grundsätzen der zulässigen Aufrechnung bis zur pfändungsfreien Mindestgrenze herabgesetzt werden darf. Andernfalls käme nämlich das Ergebnis aus §§ 275, 324 der Tragung des Schadensersatzes durch Aufrechnung mit der vollen Schadenssumme gleich<sup>(2)</sup>.

---

(1) Schnorr von Carolsfeld aaO.

(2) Schnorr von Carolsfeld Lehrb. S. 224.

Die Meinung S c h o e t z a u 's, diese Lösung liefe praktisch darauf hinaus, daß der Arbeitgeber zunächst für die unmöglich gewordene Lohnzahlung Schadensersatz leisten müsse<sup>(1)</sup>, kann dagegen nicht zugestimmt werden. Es entsteht hier nämlich keineswegs etwa eine Art vorläufiger Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers. Vielmehr bleibt lediglich seine Lohnzahlungspflicht in Höhe des pfändungsfreien Betrags bestehen. Das genannte Ergebnis ist daher mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sehr wohl vereinbar. Es kommt darüber hinaus letztlich auch wiederum dem Arbeitgeber selbst zugute, denn die pfändungsfreien Lohnbeträge bewegen sich bekanntlich an der Grenze des Existenzminimums, bei dessen Unterschreiten dem Arbeitnehmer die Erhaltung seiner vollen Arbeitskraft unmöglich würde.

---

(1) S c h o e t z a u S. 95.

### Schlußbetrachtung

Die Untersuchung hat ergeben, was jeder mit der Materie ein wenig vertrauter Jurist wahrscheinlich längst erahnt hatte, daß nämlich der § 324 des Bürgerlichen Gesetzbuches auch bei Dauerschuldverhältnissen und im Arbeitsvertragsrecht grundsätzlich Anwendung findet.

Die Schwierigkeiten lagen jedoch von vornherein nicht so sehr in der Beantwortung dieser generellen Frage. Sie ergaben sich vielmehr erst bei dem Versuch, die zahlreichen im einzelnen Anwendungsfall auftretenden Probleme zu lösen.

Ob deren Bewältigung immer geglückt ist, vermag der Verfasser nicht zu entscheiden. Immerhin sind doch wohl einige recht interessante Ergebnisse zu verzeichnen.

So stellte sich beispielsweise heraus, daß Dauerleistungen in aller Regel nicht nachholbare Fixschulden sind und daher, solange sie nicht erbracht werden, durch den bloßen Zeitablauf in stetig wachsendem Umfang unmöglich werden.

Anläßlich der Frage des Vertretenmüssens\* des Gläubigers ergab sich, daß dessen Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten bei der Leistungsbewirkung bei Dauerschuldverhältnissen zahlreicher und intensiver ausgeprägt sind und daß es darüber hinaus auch noch der bloßen Leistungserhaltung dienende Mitwirkungsobliegenheiten gibt, deren Verletzung niemals zum Gläubigerverzug führen kann.

Ferner zeigte sich, daß bei Dauerleistungen ein Verzug des Gläubigers immer nur insoweit eintreten kann, als der Schuldner zur Leistung imstande ist, daß also bei einer länger andauernden Nichtannahme immer scharf zwischen den in der Vergangenheit möglich gewesen und den zukünftig noch zu erbringenden Leistungsteilen unterschieden werden muß. Diese Erkenntnis führte unter anderem zu dem Ergebnis, daß der § 324 Abs. 2 im Falle des Unmöglichwerdens der Arbeitsleistung

nicht anwendbar ist, weil für alle in der Vergangenheit möglich gewesenen Leistungsteile der Lohn bereits gemäß § 615 gezahlt werden muß.

Schließlich stellte sich heraus, daß im Arbeitsvertragsrecht die Anwendbarkeit des § 324 hinsichtlich der Unmöglichkeit der Lohnzahlung dort ihre Grenze finden muß, wo dem Arbeitnehmer nicht einmal ein Anspruch auf den Mindestlohn, wie er in den §§ 850 ff ZPO festgelegt ist, verbleiben würde.

Darüber hinaus sind im Verlaufe der Arbeit eine ganze Reihe weiterer Einzelprobleme aufgetreten, auf die hier nicht noch einmal eingegangen werden soll. Andere Fragen sind offen geblieben und sicherlich ist auch manche neue hinzugekommen. Sie alle zu klären, war nicht möglich, und ein derartiger Versuch wäre im Hinblick auf die darin verborgene Gefahr der Zersplitterung wohl auch nicht zu sinnvoll gewesen.

Kehren wir zum Ausgangspunkt zurück.

Es galt zunächst, eine Norm des allgemeinen Schuldrechts an der vom Gesetzgeber in vieler Hinsicht recht stiefmütterlich behandelten Gattung der Dauerschuldverhältnisse zu messen. Darüber hinaus hofft der Verfasser, daß es ihm gelungen ist, wenigstens einen kleinen Beitrag zur tieferen Erkenntnis des Wesens dieser Verträge und der besonderen Auswirkungen von Unmöglichkeit und Gläubigerverzug in derartigen Fällen geleistet zu haben.

## Lebenslauf

Am 11. April 1938 wurde ich als drittes und letztes Kind des Geschäftsführers Karl Thume und seiner Ehefrau Katharina, geborene Haubrich, in Hamburg-Altona geboren.

Im Frühjahr des Jahres 1944 trat ich in die erste Klasse der Volksschule zu Hamburg-Othmarschen ein.

Im Herbst 1947 zogen wir infolge einer beruflichen Versetzung meines Vaters nach Nürnberg. Dort besuchte ich die vierte Klasse der Volksschule und bestand im September 1948 die Aufnahmeprüfung an der Oberrealschule an der Löbleinstraße, dem heutigen Hans-Sachs-Gymnasium. Im Juni des Jahres 1957 nahm ich mit Erfolg an der Reifeprüfung teil und wandte mich dann dem Jurastudium zu.

Nach eineinhalbjähriger Studienzeit an der Friedrich-Alexander Universität in Erlangen besuchte ich zwei Semester lang die Universität München und kehrte anschließend nach Erlangen zurück, wo ich am 17. 1. 1962 die erste juristische Staatsprüfung bestand.

In der Folgezeit war ich Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg und der Regierung von Mittelfranken. Am 13. Mai 1966 legte ich in München mit Erfolg die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit Juli 1966 bin ich in Nürnberg als Rechtsanwalt tätig.

Offsetdruck - Fotodruck

Josef Hogl

8520 Erlangen, Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz,) Tel. 22990





**Offsetdruck-Fotodruck**

---

**J. Hogl, 852 Erlangen, Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990**